Die

Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte

nach dem B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Pfeiffer
aus Bremen.

Approbiert am 28. Oktober 1909.

Erlangen 1910.
Druck der Univ.-Buchdruckerei von E. Th. Jacob.

128

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Inhalts-Übersicht.

	Seite
Einleitung:	
Bedeutung des Themas. § 1.	1—3
Ausführung:	
A. Der Begriff „unwirksam“	2—57
I. Die verschiedene Auffassung in der Literatur. § 2.	2—6
II. Unwirksamkeit und Nichtigkeit.	
a) Nichtigkeit. § 3.	6—36
1. Bedeutung der Nichtigkeit.	6—8
2. Eintritt der Nichtigkeit.	
a) mangels allgemeiner Voraussetzungen	8—15
α) der Rechtssubjekte.	
β) der Willenserklärungen.	
b) mangels besonderer Vorausetzungen	15—16
3. Wirkung der Nichtigkeit.	
a) Sie ist absolut	16
b) sie ist unheilbar	16—25
c) teilweise Nichtigkeit und Konversion	25—36
b) Unwirksamkeit. § 4.	27—48
1. Bedeutung und Eintritt der Unwirksamkeit im Allgemeinen	27—33
2. Die einzelnen Fälle der Unwirksamkeit	
a) Die inkonvalible Unwirksamkeit. .	33—44
α) ursprüngliche	
β) nachträgliche	
b) Die konvalible Unwirksamkeit . .	44—48
α) relativ	
β) absolut	

Seite

III. Abgrenzung der unwirksamen Rechtsgeschäfte gegen die bedingten Rechtsgeschäfte. § 5. . . . . 48—51

IV. Abgrenzung der unwirksamen Rechtsgeschäfte gegen die anfechtbaren Rechtsgeschäfte. § 6. . . . . 51—57

B. Der Begriff Konvaleszenz . . . . . 57—67

I. Bedeutung der Konvaleszenz. § 7. . . . . 57—58

II. Fälle der Konvaleszenz. § 8.

a) Konvaleszenz relativ unwirksamer Rechtsgeschäfte . . . . . 58—64

1. im allgemeinen

2. im besonderen.

b) Konvaleszenz absolut unwirksamer Rechtsgeschäfte . . . . . 64—70

1. im allgemeinen

2. besondere Fälle.

Schlussbetrachtung. § 9. . . . . 71—72

Literaturverzeichnis.

Alexander, Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Jur. Diss. Berlin 1903.

Figge, Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Jur. Diss. Rostock 1902.

Hummel, Die Konvaleszenz und Evaneszenz. Jur. Diss. Leipzig.

Lemke, Unwirksamkeit. Jur. Diss. Leipzig 1908.

Markwald, Der Begriff Unwirksamkeit im B.G.B. Jur. Diss. Rostock 1903.

Oettinger, Der Begriff Unwirksamkeit im B.G.B. Jur. Diss. Rostock 1904.

Schulz, Convaleszenz im B.G.B. Jur. Diss. Erlangen 1899.

Bar, Gegenentwurf zum B.G.B.

Bernhöft, Das B.G.B. Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904. Aus röm. u. bürg. Recht, Festschr. f. Bekker. Weimar 1907.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1899.

Bunsen, Einführung in das B.G.B. Bd. I. Berlin 1897.

Christians, Über die sog. relative Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Jur. Diss. Erlangen 1899.

Cossack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1909. Jena.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. Bd. I. 3. Aufl. Halle 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. Berlin 1909.

Enneccerus, Lehrbuch des B.G.B. I. Bd. 4. u. 5. Auflage. Marburg 1909.

Fischer-Henle, B.G.B. 8. Aufl. 1909. München.

Gareis, Der allgemeine Teil in Biermanns Kommentar z. B.G.B. Berlin 1900.

Goldmann-Lilienthal, B.G.B. Bd. I. 2. Aufl. 1903. Berlin.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.

Hachenburg, B.G.B. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Haidlen, B.G.B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven usw. Stuttgart 1897.

Hellmann, Vorträge über das B.G.B. Allgemeiner Teil. Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.

Hoelder, Kommentar zum B.G.B. Bd. I. München 1900.

—, Willenserklärung, Jherings Jahrb. 1909.

Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte im Archiv f. ziv. Prax. Bd. 86. Tübingen 1896.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Halbband 1906.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Berlin 1897—1901.

Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B. Berlin 1900.

—, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach r. R. Berlin 1882—83.

Leske, Vergl. Darstellung des B.G.B. und des preussischen allmeinen Landrechts. 1. und 2. Auflage. Berlin 1900—1903.

Matthiass, Lehrbuch des B.G.B. Berlin 1899.

Motive zum B.G.B.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. 2. Aufl. München 1904.

Neumann, Handausgabe des B.G.B. 4. Aufl. Berlin 1905.

Oertmann, Kommentar z. B.G.B. Allgemeiner Teil. Berlin 1908.

Planck, B.G.B. 3. Aufl. Berlin 1903.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des B.G.A.

Rehbein, B.G.B. Berlin 1899.

Rutenbeck, Der Gegensatz der sog. Konversion zur Bestätigung etc. Erlangen 1907. Diss.

Schlottmann, Die Anfechtbarkeit nach gemeinem Recht und B.G.B. Jur. Diss. Rostock 1901.

Siber, Das Grundbuchgeschäft. 1909.

Siméon, Das bürgerliche Recht. 4. Aufl. 1908.
v. Staudinger, Kommentar z. B.G.B. 3. und 4. Aufl. München 1907.
Steger, Die Anfechtharkeit nach dem B.G.B.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Zittelmann, Das Recht des B.G.B. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.
—, I. Irrtum und Rechtsgeschäfte. Leipzig 1879.
—, II. Das Rechtsgeschäft im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. 1889.
—, III. Zum Recht der Eheanfechtung in: Aus röm. und bürg. Recht. Festschrift für Bekker. Weimar 1907.

Gradenwitz, Wortverzeichnis zum B.G.B. Berlin 1902.
Grimm, Deutsches Wörterbuch. Bd. VII. Leipzig 1889.

Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte.

Bedeutung des Themas.

§ 1.

Die vorliegende Untersuchung hat den Zweck, zur Klärung zweier allgemeiner und somit in vielen Fällen anzuwendender Begriffe beizutragen: es sind dies die Begriffe: „unwirksam“ und „Konvaleszenz“.

Wenn auch nach der Fassung des Themas die Bedeutung der „Konvaleszenz“ als der Kernpunkt der Arbeit betrachtet werden kann, so muss doch beachtet werden, dass sie, wie sich in der Ausführung ergeben wird, **begrifflich** nur vereinbar ist mit den unwirksamen Rechtsgeschäften. Es gilt daher in erster Linie die rechtliche Natur der Unwirksamkeit, auf welcher die Konvaleszenz basiert, festzustellen.

Da finden wir denn, dass der Begriff Unwirksamkeit zu den verschiedenartigsten Verwechselungen und Verkennungen geführt hat, und dass der Versuch seiner Abgrenzung ein dringendes Bedürfnis ist [1]).

Erst wenn die Unwirksamkeit in befriedigender Weise klargestellt ist, kann man zu einer Untersuchung

1) Anderer Ansicht ohne Begründung bei Zitelmann II S. 71 zu § 109; die dortigen Ausführungen lassen eine starke Verwechslung der Nichtigkeit mit der incon. Unwirksamkeit (s. unten) erkennen, woraus sich auch der unzutreffende Schlusssatz zu § 109 ergibt.

ihrer Rechtsfolgen schreiten, die entweder in ausgeschlossener oder doch gehemmter Wirksamkeit bestehen.

Dabei wird sich ergeben, dass die Fixierung des grundlegenden Begriffes der Unwirksamkeit auf weit grössere Schwierigkeiten stösst als die des Begriffes der Konvaleszenz. Ist die Unwirksamkeit begrifflich gefunden, so stehen der Feststellung der Konvaleszenz keine erheblichen Zweifel entgegen, da sie die unter Umständen eintretende Folgeerscheinung des grundlegenden Begriffes bildet.

Es ist schon hienach ersichtlich, dass der Schwerpunkt unserer Untersuchung auf die Behandlung der unwirksamen Rechtsgeschäfte zu legen ist, dass dann im Anschluss an das hierbei gefundene Ergebnis die Konvaleszenz begrifflich festgelegt werden muss.

Nicht dagegen soll der Zweck vorliegender Arbeit darin bestehen, die einzelnen im B.G.B. vorkommenden Fälle der Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte im Detail zu behandeln; denn wenn einmal Unwirksamkeit und Konvaleszenz im allgemeinen genügend klargestellt sind, so stehen der Lösung der einzelnen hierher gehörigen Fälle keine besonderen Schwierigkeiten entgegen. Damit soll nicht gesagt sein, dass gewisse typische Anwendungsfälle eine Auslegung nicht erfahren sollen.

A. Der Begriff Unwirksamkeit.

I. Die verschiedene Auffassung in der Literatur.

§ 2.

Der Begriff „unwirksam“ resp. „Unwirksamkeit“ ist als terminus technicus vom B.G.B. eingeführt worden [1]).

1) Wenn sich auch vereinzelt schon für das gemeine Recht, so bei Windscheid S. 423 „Unwirksamkeit“ als selbständiger Begriff vorfindet.

Weil anscheinend nah verwandt, werden vielfach von ihm nicht genügend scharf geschieden die Begriffe „Nichtigkeit“ und „Anfechtbarkeit“.

Ueber diese beiden letzteren Begriffe gingen schon zu Zeiten des gemeinen Rechts die Meinungen vielfach auseinander [1]).

Heutzutage, wo noch der Begriff „Unwirksamkeit“ hinzugekommen ist, gestaltet sich der erwähnte Streit zu einem solchen über die Begriffe „Nichtigkeit“, „Anfechtbarkeit“ und „Unwirksamkeit“. Genauer genommen, liegt nun die Schwierigkeit, da unbestritten die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im B.G.B. scharf durchgeführt ist, in der Beantwortung der Frage, in welchem Verhältnis die Unwirksamkeit zu den genannten beiden Begriffen steht. Bei dem Versuch einer Lösung wird sich ergeben, dass eine Klarstellung nicht bloss von terminologischer, sondern von begrifflicher Bedeutung und damit von praktischem Werte ist. In der Literatur über das B.G.B. findet sich bezüglich dieser drei Begriffe die verschiedenste Anordnungsweise vor [2]) [3]).

---

1) Auf diesen geschichtlichen Streit näher einzugehen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Cf. hierüber Jacobi, ferner Leonhard S. 428 ff.

2) Crome S. 345: „Eine befriedigende Bearbeitung mangelt durchaus.

3) Am eingehendsten befasst sich damit wohl Hellmann S. 118 ff. und Leonhard S. 428 ff. Vgl. ferner Cosack S. 166, von Buchka S. 29 ff., Enneccerus S. 476 ff., Müller-Meikel S. 147 ff., Kaufmann S. 126, Simeon S. 158, Scheiff S. 123, Neumann S. 91, Bunsen S. 70, Dernburg S. 388, Oertmann S. 299, Rehbein S. 197, Goldmann-Lilienthal S. 179, Endemann S. 366, Hachenburg S. 133 ff., Planck S. 182, Leske S. 81, Crome S. 345, Staudinger

Es soll im Folgenden versucht werden, die einzelnen Meinungen unter grösseren Gesichtspunkten zu gruppieren.

Einige Schrfttsteller (so z. B. Cosack, von Buchka) schenken dem Begriffe „Unwirksamkeit“ keine besondere Beachtung.

Andere wollen ihn mit nach ihrer Meinung ähnlichen Begriffen identifizieren; die einen (wie Enneccerus) lediglich mit dem Begriff „Nichtigkeit“, die anderen (wie Engelmann, Bunsen) mit dem Begriff „Ungültigkeit“, unter den dann nicht nur die Nichtigkeit, sondern auch die Anfechtbarkeit fällt [1]).

Manche von den letzteren anerkennen neben diesem Begriffe „Unwirksamkeit“ im weiteren Sinne gleich „Ungültigkeit“ einen anderen Begriff „Unwirksamkeit“ z. B. als Fälle „sonstiger Unwirksamkeit“ (Crome) oder als „Unwirksamkeit im engeren Sinne“ (Hachenburg, Staudinger).

Einen noch weiteren Begriff der Unwirksamkeit stellt Oertmann auf, der hierunter ausser den ungültigen noch andere Geschäfte subsummiert, deren definitive, volle Geschäftswirkung noch nicht ausser Zweifel steht (so die Geschäfte mit Bedingung, Befristung, Widerrufs- und Rücktrittsmöglichkeit); eine ähnliche Ansicht findet sich bei Rehbein vertreten.

Hellmann unterscheidet sogar Unwirksamkeit in „weiterer“, „engerer“ und „engster“ Bedeutung. Dabei

---

S. 332 ff., Kohler S. 554, Bernhoeft S. 395, Engelmann S. 128 ff., Kuhlenbeck S. 324.

1) Gegen diese Terminologie spricht u. a. mit Recht aus Zitelmann II. 2. Teil S. 69; über fernere Gegner dieser Einteilung vgl. auch Ruthenbeck S. 10—11 über die Terminologie ebendort S. 11—12.

soll die Unwirksamkeit im weiteren Sinne sowohl die Fälle der Nichtigkeit, wie diejenigen umfassen, in denen es sich um den Mangel einer bestimmten Rechtswirkung handelt, ohne dass dieser Mangel auf die Fehlerhaftigkeit des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zurückzuführen wäre (z. B. §§ 388, 925 B.G.B.). Die Unwirksamkeit im engeren Sinne begreift nach ihm die Fälle, in denen die Wirksamkeit bzw. die Unwirksamkeit in der Schwebe ist; unter der Unwirksamkeit im engsten Sinne aber versteht er lediglich die relative Unwirksamkeit.

Andere schliesslich wollen den Begriff „Unwirksamkeit" scharf von den Begriffen „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" trennen [1]) (Kohler und Bernhoeft). Auch wir glauben die Notwendigkeit einer Verselbständigung der drei Begriffe nachweisen zu können, gehen aber dabei vielfach von einem anderen Ausgangspunkt aus und gelangen dementsprechend zu einem in manchen Punkten abweichenden Ergebnisse.

Dass die Unwirksamkeit als ein selbständiger Rechtsbegriff aufzufassen ist, dürfte sich am klarsten ergeben, wenn man sie in Gegensatz zu den Begriffen stellt, die in verschiedenster Weise zu einer Vermengung oder doch Verbindung mit ihr geführt haben; es sind dies die Fälle des nichtigen, bedingten und anfechtbaren Rechtsgeschäftes. Dabei ist insbesondere die Gegenüberstellung der Unwirksamkeit und Nichtigkeit von Be-

---

1) Auch eine, wenn auch nicht scharfe Trennung der Unwirksamkeit von der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit fordert Rutenbeck S. 18; er gibt aber nur eine negative Begriffsbestimmung und leugnet eine bestimmte technische Bedeutung der Begriffe.

deutung, da hier das Grenzgebiet am bestrittensten ist; dieser Teil der Untersuchung verdient daher eine Behandlung an erster Stelle und in eingehendster Weise.

II. Unwirksamkeit und Nichtigkeit.

a) Die Nichtigkeit.

1. Bedeutung der Nichtigkeit.

§ 3.

Bar sagt in seinem Gegenentwurf zum B.G.B. [1]): „Ich möchte den Ausdruck nichtiges Rechtsgeschäft vermeiden. Das Wort „nichtig" ist u. E. ein Romanismus, es soll heissen, als ob das Rechtsgeschäft gar nicht existiert. Warum den Mund so voll nehmen! Es genügt vollkommen der Ausdruck „unwirksam"." Prahlt das Gesetz wirklich mit dem Begriff nichtig?

Wir müssen doch immer davon ausgehen, dass die Begriffe des B.G.B. nicht einem persönlichen Gesetzgeber in den Mund gelegt werden dürfen, sondern den Inhalt eines objektiven Gesetzeswillens bilden, bei dem von einem subjektiven Irrtum nicht die Rede sein kann. Es ist daher im Wege der Interpretation zu erforschen, welche Bedeutung den hier in Frage kommenden Begriffen nach dem Willen des Gesetzes beizumessen ist [2]).

1) Cf. Bar § 112.

2) Die Begriffe „nichtig" und „unwirksam" kommen im Zusammenhange mit dem Begriffe Rechtsgeschäft vor; sie bilden nach der Ausdrucksweise des Gesetzes, das von nichtigen und unwirksamen „Rechtsgeschäften" spricht, eine Eigenschaft derselben. Es ist daher erforderlich, den geeigenschafteten Begriff kurz zu definieren: Das Rechtsgeschäft ist eine rechtlich bedeutsame Handlung, durch die das Rechtssubjekt im Einklang mit dem geltenden Recht bestimmte Rechtswirkungen anstrebt und zu erreichen vermag. Einerseits ist nämlich die Fassung

Zurückzuweisen ist allerdings die Verwechselung von einem **nichtigen** Rechtsgeschäft mit einem **negotium non existens.** Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist wenigstens als Tatsache[1]) vorhanden, nur ist ihm die

unzutreffend „ . . . bestimmte Rechtswirkung erreicht", weil eine Reihe von gültigen Rechtsgeschäften im Einzelfalle mangels Eintritts eines weiteren äusseren Erfordernisses, das mit dem Begriff des Geschäftes innerlich nichts zu tun hat, die gewollten Wirkungen nicht erreicht (z. B. bei den unwirksamen und bedingten Rechtsgeschäften (s. unten)).

Andererseits ist die Formulierung abzulehnen „ . . . bestimmte Rechtswirkungen anstrebt", da auch bei den ungültigen d. h. nichtigen Rechtsgeschäften die Rechtswirkung angestrebt wird.

Das nichtige Rechtsgeschäft ermangelt eines Errichtungserfordernisses und ist rechtlich überhaupt nicht vorhanden; es erzeugt aus diesem Grunde auch nicht die gewollten, d, h. die spezifisch rechtsgeschäftlichen Wirkungen; m. a. W. es ist wegen seiner Natur nicht geeignet, die Rechtswirkungen zu erreichen. Gewisse Nebenwirkungen, die aus nichtigen Rechtsgeschäften eintreten (z. B. Rückwirkung im Falle der „Bestätigung" § 141, Abs. 2 und Leistung des negativen Interesses §§ 122, 307) sind nicht auf den Willen der Parteien zurückzuführen, sie greifen vielmehr kraft Gesetzes Platz, wie bei Rechtshandlungen und Delikten.

Das nichtige „Rechtsgeschäft" ist daher in Wirklichkeit kein Rechtsgeschäft, sondern ein unter Umständen mit Rechtswirkungen ausgestattetes tatsächliches Geschäft.

Der Umstand allein, dass bei wirklichen Rechtsgeschäften auch neben den gewollten Wirkungen andere Wirkungen kraft Gesetzes eintreten (z. B. Eviktionshaftung, Schadensersatz), kann natürlich den Charakter des Rechtsgeschäftes nicht alterieren. (Im Ergebnis ebenso Zitelmann I besonders S. 209 und 211).

Die in dem Rechtsgeschäft liegende rechtliche bedeutsame Handlung hat zum Inhalt ein oder mehrere Willenserklärungen.

1) Leonhard S. 298. Der Geschäftsakt sei wirklich da, es fehle nur die juristische Existenz. Windscheid S. 424:

Anerkennung von der Rechtsordnung versagt; es ist für die Lebewesen in der Welt des Rechts eine „Totgeburt“ [1]).

„Die Nichtigkeit ist eine objektive, negative Tatsache, auf die sich jedermann berufen kann. Es ist **nicht** das besondere Vorrecht einer Partei, sie geltend zu machen; und als solche kann sie auch nicht durch Verzicht beseitigt werden [2]) [3])“.

Nichtig ist also ein Rechtsgeschäft, weil es **rechtlich** nicht existiert; und zwar deshalb wird ihm die rechtliche Geltung abgesprochen, weil ihm die **Voraussetzungen** fehlen, die das Gesetz für seine rechtliche Geltung verlangt.

Welches sind nun die Voraussetzungen für die rechtliche Existenz der Rechtsgeschäfte? Die Lösung der so gestellten Frage ergibt dann die einzelnen Fälle der Nichtigkeit, je nachdem die eine oder andere Voraussetzung fehlt.

2. Der Eintritt der Nichtigkeit.

a) Mangels allgemeiner Voraussetzungen.

Die Voraussetzungen [4]) sind zunächst für alle Rechtsgeschäfte allgemein gegeben, dahin gehören folgende:

Das Rechtsgeschäft existiert für das Recht nicht, tatsächlich ist es aber vorhanden. Es ist ein Körper ohne Seele, aber deswegen nicht weniger ein Körper.

1) Endemann S. 368.

2) Kuhlenbeck S. 326.

3) Ausnahmsweise verlangt eine Geltendmachung nicht blosse Berufung auf dieselbe § 1329; während also sonst die Nichtigkeitsfeststellung deklaratorisch wirkt, hat sie hier konstitutive Folge.

4) Sachlich findet sich eine ähnliche Einteilung der Voraussetzungen bei Zitelmann I, I. Teil S. 31—32.

α) Bei den Rechtssubjekten.

Die handelnden Rechtssubjekte müssen bestimmt geeigenschaftet sein; sie müssen die Fähigkeit haben, in logischer Weise einen gesunden Willen auszudrücken. Diese Fähigkeit spricht die Rechtsordnung gewissen Rechtssubjekten **dauernd** ab und belegt sie mit dem allgemeinen rechtlichen Mangel der sog. Geschäftsunfähigkeit (§ 104). Allen anderen Rechtssubjekten spricht die Rechtsordnung diese Fähigkeit, einen gesunden Willen auszudrücken, damit stillschweigend zu. Hierdurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass im konkreten Falle wiederum einzelnen von diesen Rechtssubjekten diese Fähigkeit abgesprochen wird: nämlich jenen, die sich im Zustande der Bewusstlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befinden.

Während die Geschäftsunfähigkeit allgemein Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat (§ 105 Abs. 1), spricht die Rechtsordnung auch für die Rechtsgeschäfte jener, die nur im konkreten Falle ihrer gesunden Sinne nicht teilhaftig sind, die Nichtigkeit aus (§ 105 Abs. 2).

β) Bei der Willenserklärung.

Ferner wird eine bestimmte Eigenschaft der Willenserklärung vorausgesetzt: das Gesetz verlangt für eine gültige Willenserklärung Übereinstimmung von Wille und Erklärung.

Es kann vorkommen, dass der in einer Willenserklärung zum Ausdruck gebrachte Wille überhaupt nicht vorhanden ist, weil der Erklärende absichtlich eine Erklärung abgibt, die mit seinem wahren Willen nicht übereinstimmt.

Ferner kann der in einer Willenserklärung zum Ausdruck gebrachte Wille in der Tat nicht vorhanden sein, weil der Erklärende, ohne dass es in seiner Absicht liegt, entweder unbewusst infolge eines Irrtums oder bewusst, aber durch andere als von ihm und seinem Willen abhängige Umstände verleitet, eine seinem wahren[1]) Willen nicht entsprechende Erklärung abgibt.

Wie diese Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung rechtlich zu behandeln ist, hat in der Wissenschaft lebhaften Streit hervorgerufen. Auf der einen Seite standen die Anhänger der Erklärungstheorie, auf der andern die der Willenstheorie und zwischen beiden Gruppen viele, die durch einen Kompromiss dem Streit ein Ende zu machen gedachten.

Die Verfechter der Erklärungstheorie glaubten im Interesse der Sicherheit des Verkehrs unbeachtlich des Willens allein der Erklärung die rechtliche Wirksamkeit zukommen lassen zu dürfen.

Die Vertreter der Willenstheorie glaubten nur dann der Erklärung rechtliche Anerkennung beilegen zu dürfen, wenn sie dem Willen des Erklärenden entspricht.

Der erste Entwurf des B.G.B. beruhte im wesentlichen auf der Willenstheorie, mit Ausnahme des Falles

---

1) . . . . seinem wahren, nicht etwa seinem freien Willen . . . denn der Wille des Erklärenden ist auch frei, selbst wenn dieser unter einem Zwange oder unter einer Drohung eine Erklärung abgeben soll. Unter Freiheit des Willens verstehen wir eben Wahlfreiheit, sich für dieses oder jenes entscheiden zu können. Auch dem Gezwungenen resp. Bedrohten steht es frei, entweder den Zwang zu erdulden resp. die Drohung und ihre Folgen auf sich zu nehmen, oder dem Zwange zu entsprechen resp. der Drohung und ihren Folgen auszuweichen, und eine Erklärung abzugeben, die er zwar frei gewählt hat, die aber dennoch seinem wahren Willen nicht entspricht!

der Mentalreservation; infolgedessen waren alle Willenserklärungen, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmten, nichtig[1]).

Das B.G.B. schlägt einen Mittelweg ein, und stellt sich auf den sog. Interessenstandpunkt.

Stimmt die Erklärung absichtlich mit dem wahren Willen des Erklärenden nicht überein, so ist sie nichtig, z. B. wenn sie einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben ist (§ 117)[2]), oder wenn sie nicht ernstlich gewollt ist, in der Erwartung, dass der Mangel der Ernstlichkeit nicht verkannt werde (§ 118). Eine Ausnahme bildet nur die „Mentalreservation" § 116, 1: der gutgläubige Dritte könnte sonst in arglistiger Weise geschädigt werden.

Stimmt die Erklärung unabsichtlich mit dem wahren Willen nicht überein, dann ist sie niemals nichtig; unter gewissen Voraussetzungen aber anfechtbar[3]).

---

1) Vgl. hierüber auch Zitelmann II. 2. Teil S. 16 und 18.

2) Die Simulation des Willens bei der Eheschliessung erzeugt dagegen keine Nichtigkeit. „Die zum Schein vor dem Standesbeamten eingegangene Ehe ist vielmehr gültig", Staudinger S. 375.

Die Nichtigkeitsgründe sind in den §§ 1324—1328 erschöpfend aufgezählt. Die Simulation fällt aber nicht darunter.

Aber auch ein innerer Grund spricht für diese Entscheidung; denn das Scheingeschäft setzt voraus, dass die Täuschung von allen am Geschäft beteiligten Personen (nicht bloss von den Parteien) gegen Nichtbeteiligte verübt wird; da der Standesbeamte aber beim Eheabschluss mitwirken muss, so ist er „Beteiligter", und es kann daher ihm gegenüber von Simulation keine Rede sein; vgl. Engelmann S. 104.

Eine wirkliche Ausnahme liegt dagegen im § 405 vor; dieselbe rechtfertigt sich jedoch aus naheliegenden rechtspolitischen Gründen: es käme sonst zu einer Schädigung des Cessionars wider Treu und Glauben.

3) Cf. unten § 6.

Es kann hierbei wiederum unterschieden werden, ob der Erklärende unbewusst oder bewusst eine in Wahrheit nicht gewollte Erklärung abgibt.

Unbewusst handelt der Erklärende einerseits, wenn er sich aus sich selbst heraus über Umstände [1]) des Geschäftes in einem Irrtum befindet (§ 119), andererseits, wenn er durch einen Dritten durch arglistige Täuschung in einen Irrtum [2]) versetzt wird (§ 123).

Bewusst, aber dennoch unabsichtlich — insofern nämlich, als er durch andere von ihm selbst und seinem Willen unabhängige Umstände verleitet wird — gibt der Erklärende eine in Wahrheit nicht gewollte Erklärung ab, wenn er durch Drohung dazu gezwungen wird (§ 123).

Dem Interessenstandpunkt des B.G.B. entspricht es, in den Fällen, in denen die Erklärung unabsichtlich nicht mit dem wahren Willen übereinstimmt, mehr, der erklärenden Partei in die Hand zu geben, diese Er-

---

1) Der Irrtum muss aber nach dem Gesetz erhebliche Umstände betreffen; die Erheblichkeit ist in § 119 durch allgemeine Voraussetzungen umschrieben. Ob diese zutreffen, ist vielfach aus der Lage des Falles zu beurteilen.

Der in § 120 vorgesehene Fall der Anfechtung bedarf keiner weiteren Erläuterung, da hier der Irrtum von einem Werkzeug des Erklärenden ausgeht und daher auf diesen selbst zurückzuführen ist.

2) Während an dem Irrtum des § 119, soweit er sich auf den Beweggrund des Handelnden bezieht, als unerheblich keine Wirkungen geknüpft werden, wird hier ausnahmsweise auch der Irrtum im Motiv berücksichtigt, denn in den meisten Fällen wird die Täuschung die Entstehung des Willens beeinflussen, zwischen dem so durch Täuschung entstandenen Willen und der Erklärung selbst wird dagegen Übereinstimmung herrschen.

klärungen wirksam werden zu lassen oder sie als nichtig betrachtet wissen zu wollen, als durch die Rechtsordnung die Wirksamkeit oder die Nichtigkeit zu statuieren.

Durch die Anfechtung lässt das Gesetz den, der ohne dass es in seiner Absicht liegt, eine seinem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung abgibt, darüber entscheiden, ob die Erklärung **wirksam** bleiben soll oder **nicht**.

Die Gründe, welche zu der Statuierung der Anfechtbarkeit in den Fällen des Irrtums, der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung geführt haben, lassen sich im einzelnen kurz folgendermassen zusammenfassen:

Wer eine irrtümliche Erklärung abgegeben hat, kann, wenn nicht der Irrtum ein unwesentlicher ist, die nachteiligen Folgen aus seiner Erklärung leicht durch formlose Anfechtung beseitigen. Die Anfechtungserklärung ist für ihn keine „unbillige Zumutung“ [1]). Im Gegenteil bei dieser Regelung ist er in die Lage versetzt, ein Wahlrecht auszuüben, was für ihn unter Umständen

---

1) Protokolle S. 105: Wenn es weiter S. 106 in den Protokollen heisst . . . aber auch der Gegner kann sich nicht beschweren, wenn die von ihm für gültig gehaltene Willenserklärung mangels Anfechtung gültig bleibt — so ist damit u. E. für den Interessenstandpunkt eine mehr als selbstverständliche Begründung gegeben. Denn es ist klar, dass derjenige, dessen Erklärung rechtlich in Ordnung ist, nicht aus der den Schutz des Irrenden bezweckenden Vorschrift eventuelle Vorteile zu ziehen berechtigt sein kann, um z. B. wegen inzwischen eingetretener Reue wieder vom Geschäft loszukommen. Dies würde dem Zweck überhaupt jeder Vorschrift, die ein Anfechtungsrecht gibt, zuwiderlaufen.

günstiger ist, als wenn ohne weiteres Nichtigkeit eintreten würde.

Andererseits ist für den Gegner des Erklärenden der ihm unbequeme Schwebezustand darüber, ob die Willenserklärung wirksam bleiben oder als nichtig angesehen werden soll, so kurz wie möglich bemessen: der Erklärende muss die Erklärung unverzüglich anfechten (§ 121). Ist dagegen die Erklärung auf eine arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung des Gegners zurückzuführen, so entfällt natürlich der rechtspolitische Grund der Rücksichtnahme auf diesen und es steht daher nichts im Wege, dem Erklärenden eine längere Frist für die Anfechtung zu setzen (§ 124) [1]).

Neben der grundsätzlich verlangten Übereinstimmung von Wille und Erklärung kommt als weitere „Voraussetzung" der rechtlichen Existenz in Betracht: die Willenserklärung darf weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) [2]) noch

---

1) Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung entfällt jedoch dann, wenn die Täuschung von einem Dritten verübt wurde und der Erklärungsgegner die Täuschung weder kannte noch kennen musste; ferner, soweit ein gutgläubiger Dritter unmittelbar aus der Erklärung ein Recht erworben hat (§ 123 Abs. 2). Denn die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung richtet sich naturgemäss nur gegen den Täuschenden und seine Mitwisser, wobei allerdings das Gesetz das fahrlässige Nichtwissen dem Mitwissen gleichstellt. Entfällt die Anfechtungsmöglichkeit, so bleibt natürlich dem Geschädigten gegen den Betrüger die Klage aus § 823 ev. 826 B.G.B.

2) Dabei handelt es sich um solche Geschäfte, bei denen an sich die vom Gesetze aufgestellten positiven Voraussetzungen für ein gültiges Rechtsgeschäft gegeben sind (Geschäftsfähigkeit der Partei, korrekte Willenserklärung, in manchen Fällen Beobachtung einer Form usw.), die aber der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen nicht zulässt: so die rechtsgeschäftliche Erschwerung der Verjährung (§ 225), um

gegen die guten Sitten (§ 138)[1]) verstossen, noch schliesslich auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein (§ 306)[2]).

b) Mangels besonderer Voraussetzungen.

Neben den allgemeinen Voraussetzungen ist dann noch insbesondere für bestimmte Rechtsgeschäfte vor-

---

die wohltätige Wirkung derselben nicht illusorisch zu machen; der Vertrag über künftiges Vermögen (§ 310), weil sich der Verfügende dabei entweder über die Tragweite seiner Verfügung nicht bewusst ist, oder doch dem Wucher sonst leicht ausgeliefert wäre.

Wenn wir daher, was nicht geschehen ist, „Voraussetzung" der rechtlichen Existenz der Rechtsgeschäfte im technischen Sinne gebrauchen wollten, so könnten die hier in Frage kommenden Fälle des § 134 nicht herangezogen werden; vielmehr würde es sich hier um das negative Erfordernis der Abwesenheit einer vom Gesetzgeber als rechtlicher Mangel bezeichneten Tatsache handeln.

Der Übersichtlichkeit halber haben wir jedoch auch die an die Rechtsgeschäfte gestellten negativen Anforderungen unter den Voraussetzungen der rechtlichen Gültigkeit (im weiteren Sinne) mitbehandelt. Vgl. ferner unten Anmerkung 5 § 4.

1) Auch hier handelt es sich um ein „negatives" Erfordernis; vergl. sub. Anm. 14.

2) Zwar trifft § 306 B.G.B. diese Bestimmung nur für Verträge. Allein es ist einleuchtend und auch kaum bestritten, dass dasselbe für einseitige Rechtsgeschäfte gelten muss; denn eine von vornherein unmögliche Leistung kann niemals Gegenstand einer rechtsgültigen Verpflichtung sein, auch für uns muss der naturnotwendige Satz gelten: impossibilium nulla est obligatio.

Es besteht demnach für die rechtliche Existenz der Rechtsgeschäfte das „negative Erfordernis" des § 306 B.G.B. allgemein.

ausgesetzt, dass eine gewisse Form [1]) gewahrt sein muss, nämlich wenn das Gesetz selbst oder eine Parteivereinbarung diese Form dem Rechtsgeschäft vorschreibt (§ 125).

Fehlt eine der allgemeinen oder besonderen Voraussetzungen, dann ist das Rechtsgeschäft **nichtig.**

3) Wirkung der Nichtigkeit.

Die Wirkung der Nichtigkeit für das Rechtsgeschäft ist nun die, dass das Rechtsgeschäft den angestrebten Erfolg nicht haben kann.

a) Absolute Wirkung der Nichtigkeit.

Diese Wirkung aber ist zunächst eine absolute; eine relative Nichtigkeit [2]) gibt es nicht: die Mängel, die dem Rechtsgeschäft anhaften, nämlich das Fehlen der unbedingt erforderlichen „Voraussetzungen“ [3]) ergreifen das Rechtsgeschäft als solches in seiner Gesamtheit, somit fallen auch für jedermann die angestrebten rechtlichen Erfolge aus. Es kann daher keine Rede davon sein, dass das Rechtsgeschäft **diesem** gegenüber **nichtig, jenem** gegenüber **gültig** oder mit anderen Worten relativ nichtig sei.

b) Unheilbarkeit der Nichtigkeit.

Diese Wirkung tritt ferner in der Weise ein, dass es keine rechtliche Möglichkeit gibt, sie zu beseitigen; dies ist eine natürliche Folge der Unheilbarkeit der

---

1) Denn im allgemeinen besteht das Prinzip der Formfreiheit.

2) Vgl. Christians.

3) In dem in Note 15 gegebenen Sinne.

Nichtigkeit [1]). Denn die sog. „**Bestätigung**“ eines nichtigen Rechtsgeschäftes, die vielfach als dessen Heilung angesehen wird, ist ja, wie das Gesetz selbst sagt, (§ 141): als erneute Vornahme zu beurteilen, eine Heilung findet da nicht statt. Somit lässt das Gesetz, obgleich es von Bestätigung spricht, eine Bestätigung im wahren Sinne des Wortes nicht zu. Von wahrer Bestätigung könnte doch nur dann die Rede sein, wenn das Gesetz zuliesse, dass der Mangel, durch den die Nichtigkeit begründet wird, durch einfache Willenserklärung [2]) z. B. „ich bestätige den Vertrag“, im Gegensatz zur Wiederholung desselben behoben würde. Das Gesetz gestattet vielmehr nur eine „Bestätigung“ im Sinne einer erneuten Vornahme des Rechtsgeschäfts, das zwar formell und materiell der Erfordernisse des ursprünglichen Rechtsgeschäftes bedarf, aber eben jenen Umstand nicht aufweisen darf, der die Nichtigkeit des alten Rechtsgeschäftes begründete.

Von diesem Grundsatze der Unheilbarkeit der Nichtigkeit werden allerdings vielfach Ausnahmen gemacht.

So zunächt im Eherecht bei Auslegung der §§ 1324, 1325, 1328: Hier wird von Heilung der Nichtigkeit gesprochen [3]).

Die Motive [4]) sagen zu § 1325: „Es erscheint geboten, das an sich richtige Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit hier zu durchbrechen.“

---

1) Dernburg S. 392. „Das nichtige Rechtsgeschäft bleibt nichtig für immer, seine Nichtigkeit ist unheilbar.“

2) Durch welche alsdann auf die Geltendmachung der Nichtigkeit verzichtet würde; dies ist aber unmöglich. (siehe oben!)

3) Plank, Bd. IV. S. 58. Fischer-Henle, Anmerkung 7 zu § 1324.

4) Motive Bd. IV, S. 48.

Selbst, wenn die Motive recht hätten, würde durch diese Ausnahme ja nur die Regel bestätigt. Aber auch in den Fällen der §§ 1324, 1325, 1328 glauben wir nicht von Heilung der Nichtigkeit reden zu dürfen. An sich würde es schon dem Begriff der „Nichtigkeit" widersprechen, etwas rechtlich heilen zu können, was rechtlich nicht existiert[1]) — „denn heilen lässt sich doch nur, was da ist, wenn es auch mangelhaft ist, was lebendig ist, wenn es auch krank ist" [2]). Eine nichtige Ehe ist aber rechtlich nicht existent.

Wir haben es vielmehr in allen diesen Fällen mit einer gesetzlichen Fiktion[3]) zu tun, was schon aus den Worten hervorgeht „die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen" [4]). Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, als ob die früher nichtige Ehe, jetzt gültig wäre, sondern die nichtige Ehe bleibt vielmehr eine nichtige Ehe; sie wird aus rechtspolitischen Gründen nur so angesehen, als ob sie gültig wäre, ohne jemals gültig zu werden [5]).

Kraft der Fiktion treten zwar sämtliche Wirkungen[6]) der Gültigkeit der Ehe ein; infolgedessen ist

1) Crome S. 355. „Heilung eines nichtigen Rechtsgeschäftes ist begrifflich unmöglich!

2) Oettinger S. 14.

3) Dass der Gesetzgeber bewussterweise mit einer Fiktion geriert, ergibt sich z. B. aus einer Gegenüberstellung mit § 185; dort heisst es nämlich: „Die unwirksame Verfügung wird wirksam. Da kann man von Heilung sprechen. Aber was nur so angesehen wird, als etwas anderes, ist deshalb doch noch lange nicht das andere.

4) Vgl. Engelmann S. 645.

5) Hierüber ausführlich Bernhöft, Festschrift für Bekker S. 271—73.

6) So wird strafrechtlich ebensogut die Bigamie eines nur in fictiv gültiger Ehe Lebenden verfolgt, wie die eines in

praktisch überhaupt kein Unterschied zwischen der zu Recht bestehenden Ehe und der bloss fingiert gültigen Ehe vorhanden. Uns kommt es aber auf die Festlegung der Begriffe an!

Die Gründe, weshalb das Gesetz diese an sich nichtige Ehe der §§ 1324, 1325, 1328 als gültig fingiert, sind vom rechtspolitischen Standpunkt aus einleuchtend genug.

Im Falle des § 1324 Abs. 2[1]), wo nicht die Nichtigkeit lediglich auf der Nichtbeobachtung der Form des § 1317 beruht, haben einmal die Ehegatten selbst meist optima fide[2]) lange Zeit hindurch in ehelicher Gemeinschaft gelebt; ferner hat durch die Publizität des Heiratsregisters jedem Dritten die Ehe als zu Recht bestehend erscheinen müssen. Da will eben das Gesetz durch die Fiktion einer gültigen Ehe Ehegatten, Kinder und dritte Interessenten vor den unter Umständen unübersehbaren und meist unheilbaren nachteiligen Folgen einer nichtigen Ehe schützen.

Im Falle des § 1325 Abs. 2[3]) sind dagegen die Formvorschriften des § 1317 gewahrt und die Ehe ist

---

rechtlicher Ehe Lebenden! Allein Bigamie ist auch bei einer nichtigen Ehe möglich, solange nicht die Nichtigkeit durch Urteil festgestellt ist. Vgl. Frank, Kommentar z. Strafgesetzbuch § 171.

1) § 1324 Abs. 2 Satz 1 lautet: „Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und haben die Ehegatten nach der Eheschliessung 10 Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens 3 Jahre als Ehegatten mit einander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen.

2) Namentlich wenn man die Eintragung ins Heiratsregister berücksichtigt.

3) § 1325 Abs. 2 lautet: „Die Ehe ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn der Ehegatte sie nach dem Wegfalle der

ins Heiratsregister eingetragen worden. Allein die Willenserklärung eines Teiles leidet an einem rechtlichen Mangel wegen einer solchen Eigenschaft der Partei, die nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 104, 105 und auch nach § 1325 Abs. 1) die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat.

An sich ist auch die Ehe wie jedes Rechtsgeschäft, das eine geschäftsunfähige Person oder eine solche, die sich im Zustande der Bewusstlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befindet, abschliesst, **nichtig.** Will jedoch die Partei, deren Erklärung nichtig ist, später, wenn der Mangel der Geschäftsfähigkeit behoben ist oder sie ihrer gesunden Sinne wieder teilhaftig geworden ist, mit dem anderen Teil in ehelicher Gemeinschaft leben, so verlangt das Gesetz lediglich aus praktischen Gründen nicht die vollständige Wiederholung aller Formalitäten, sondern begnügt sich mit einer einfachen formlosen Willenserklärung. Aber auch hier handelt es sich um keine eigentliche Bestätigung mit der Wirkung, dass das Rechtsgeschäft der Ehe als solches auflebt, sondern nur um den Eintritt einer an die Erklärung geknüpften Fiktion, die sämtliche Wirkungen einer rechtsgültigen Ehe auslöst; die Ehe selbst wird aber nicht statuiert.

§ 1328 [1]) endlich nimmt Bezug auf § 1312, der ein Verbot ausspricht, von dem er gleichzeitig Befreiung zulässt. Wird nun die Befreiung nachträglich erteilt, so

Geschäftsunfähigkeit, der Bewusstlosigkeit oder der Störung der Geistestätigkeit bestätigt, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist.

1) § 1328 lautet: „Eine Ehe ist nichtig, wenn sie wegen Ehebruchs nach § 1312 verboten war. Wird nachträglich Befreiung von der Vorschrift des § 1312 bewilligt, so ist die Ehe von Anfang gültig anzusehen.

verlangt auch hier das Gesetz wiederum aus rein **praktischen** Gründen keine Wiederholung aller Formalitäten; auch hier tritt alsdann die Fiktion einer gültigen Ehe ein.

Fernere Ausnahmen von der Unheilbarkeit der Nichtigkeit werden fast allgemein [1]) erblickt in den Bestimmungen der §§ 313, 518, 766.

Die genannten Bestimmungen schreiben die Beobachtung einer Form für die in ihnen behandelten Rechtsgeschäfte vor, nämlich für den Grundstücksveräusserungsvertrag (§ 313), das Schenkungsversprechen (§ 518) und die Bürgschaftserklärung (§ 766). Wird nun die vom Gesetz verlangte Form nicht beobachtet, so sind diese Geschäfte nach § 125 Satz 1 unzweifelhaft nichtig. Diese Rechtsfolge kann jedoch unter bestimmten Voraussetzuugen beseitigt werden: im Falle des § 313, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgt; im Falle des § 518, wenn die versprochene Leistung bewirkt wird; im Falle des § 766, wenn der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt.

Es ist nun zu untersuchen, ob in den drei genannten Normen tatsächlich, wie es die herrschende Meinung annimmt, Ausnahmen von der Unheilbarkeit der Nichtigkeit gemacht sind, oder, wie Hummel behauptet, von einer eigentlichen Konvaleszenz hier nicht gesprochen werden kann.

Begrifflich natürlich müssen wir unbedingt die Möglichkeit einer Heilung nichtiger Rechtsgeschäfte verneinen, da die nichtigen Rechtsgeschäfte rechtlich überhaupt nicht vorhanden sind und somit ein Gegen-

1) Hummel S. 36—40 macht den Versuch, das Prinzip der Unheilbarkeit trotz dieser Bestimmung ausnahmslos aufrecht zu erhalten (siehe darüber unten).

stand für die rechtliche Heilung nicht gegeben ist. Ehe wir daher anders lautende Bestimmungen als kraft gesetzlicher Fiktion eintretende Ausnahmen von unserem Prinzip anerkennen, wollen auch wir prüfen, ob der Versuch einer Leugnung der Konvaleszenz in den genannten Fällen durchführbar ist.

Hierbei wollen wir von einer kritischen Würdigung der von Hummel gemachten Ausführungen ausgehen: Hummel stellt zunächst den Satz auf: dass im Falle des § 313 die nachfolgende Auflassung und Eintragung nur in Betreff des Formmangels, nicht etwa hinsichtlich sonstiger die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages beeinflussender Mängel heilend wirkt; diese einseitige Heilung sei aber in Wirklichkeit als Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäftes anzusehen. Der Grund für eine solche Bestätigung liege darin, dass die mangelnde ursprüngliche Form durch eine mindestens gleichwertige nachträgliche ersetzt werde.

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten: der Grund des nichtigen Rechtsgeschäftes liegt in der Regel bereits in dem Mangel einer der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die rechtliche Existenz des Geschäftes (s. o.); der Mangel ergreift aber alsdann, da eben sämtliche Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Geschäftes gegeben sein müssen, das ganze Geschäft. Es ist also ganz gleichgültig, ob der Mangel in der Geschäftsunfähigkeit einer Partei oder in dem Fehlen des ernstlichen Geschäftswillens oder in dem vom Gesetz missbilligten Inhalt oder schliesslich in der Nichtbeobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form zutage tritt; in allen Fällen würde, wenn man überhaupt von Konvaleszenz nichtiger Geschäfte reden könnte, die nachträgliche Beseiti-

gung des Mangels, das ganze Geschäft aufleben lassen. Man kann daher auf keinen Fall von einer „einseitigen Heilung“ des gerade vorliegenden Mangels reden.

Selbst, wenn § 313 nicht ausdrücklich sagen würde, dass der nichtige Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, sondern dass **nur** der Mangel der Form geheilt werde (vgl. §§ 518, 766), so wäre das noch kein Beweis für die Ansicht Hummels; denn es ist klar, dass, wenn neben dem Formmangel noch ein anderer Grund der Nichtigkeit gegeben ist, dieser selbstverständlich durch die nachträgliche Handlung nicht beseitigt wird; und für diese Fälle ist in den §§ 518, 766 nur vorsichtshalber der Ausdruck gebraucht, dass der Mangel der Form geheilt werde.

Wir müssen daher bei dem Grundsatze verharren, dass der Mangel **einer** Voraussetzung die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts herbeiführt; die Behebung dieses Mangels, wenn sie überhaupt möglich sein sollte, auch das ganze Geschäft zur Geltung bringt.

Weiter ist es von Hummel verfehlt, dass er den „Grund der Heilung“ in § 313 in der nachträglichen Beobachtung einer mindestens gleichwertigen Form erblickt. Denn nicht die Form der Auflassung und Eintragung als solche führt die Heilung herbei, da doch diese Form den dinglichen Akt der Eigentumsübertragung betrifft, und in der Regel zu dem formell abgeschlossenen obligatorischen Veräusserungsvertrag noch hinzukommen muss; vielmehr ist es die in dem formell dinglichen Vertrag, liegende **freiwillige Erfüllung** der formell nicht gültig begründeten Schuld, welche mit der heilenden Wirkung ausgestattet ist.

Diese Begründung findet insbesondere eine Stütze in der Formulierung der dem § 313 verwandten Fälle des § 518 Abs. 2 und des § 766 Satz 2: dort heisst es ausdrücklich, dass der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung bzw durch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit d. h. also in beiden Fällen durch **freiwillige Leistung** geheilt wird [1]).

Ferner kann auch die Analogie aus den §§ 656, 762 für unsere Ansicht ins Feld geführt werden: durch Ehevermittelung, Spiel und Wette wird nicht etwa eine klaglose Verbindlichkeit, sondern überhaupt keine Verbindlichkeit begründet. Obwohl aber wie beim nichtigen Rechtsgeschäft hiernach von einer Schuld keine Rede sein kann, so kann doch das freiwillig Geleistete nicht zurückgefordert werden.

Wir glauben also, in der tatsächlich und freiwillig bewirkten Leistung das heilende Element in den Fällen der §§ 313, 518, 766 zu finden [2]).

Nachdem wir so den wahren Grund der in den Fällen der §§ 313 Abs. 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 eintretenden Rechtsfolgen nachgewiesen haben, wollen wir kurz versuchen, der rechtlichen **Konstruktion** dieser Folgen gerecht zu werden: unmöglich können wir zugeben, dass etwas nach den Normen des geltenden

1) Vgl. auch Rutenbeck, S. 38/9.

2) Weitere Schwächen der Hummel'schen Ausführungen liegen darin, dass er 1. obwohl er die Gründe der Heilung in § 313 einerseits, §§ 518, 766 andererseits verschieden konstruiert, auf S. 39 behauptet, die Beweisführung für die beiden letzten Fälle sei der des ersten Falles analog, 2. dass er trotz § 141 eine Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte im technischen Sinne zulässt.

Rechts Nichtexistentes konvaleszieren d. h. heilen kann; es ist höchstens möglich, dass der gewollte nicht existent gewordene Erfolg durch eine neue zur Herbeiführung des Erfolges geeignete **selbständige** Handlung ins Leben gerufen wird (§ 141 Abs. 1). Nur aus Billigkeitsgründen wird durch eine, wenn auch nicht tatsächlich ausgesprochene Fiktion der Erfolg herbeigeführt, dass der neue ordnungsgemässe Vertrag auf den Zeitpunkt des alten nichtigen Vertragsabschlusses zurückwirkt.

Ebenso müssen wir in den §§ 313 Abs. 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 eine unter gewissen Voraussetzungen eintretende Fiktion der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erblicken, die der Gesetzgeber aufstellt, um nicht in konsequenter Verfolgung seiner Prinzipien zu allzu grosser Härte zu gelangen. Eine Fiktion muss aber angenommen werden, weil man andererseits dem Gesetzgeber eine Norm imputieren müsste, die nach den Grundsätzen über die Nichtigkeit direkt widersinnig wäre.

c) Teilweise Nichtigkeit und Konversion.

Bevor wir unsere Betrachtung über die Nichtigkeit zusammenfassen, erübrigt sich noch im Kurzen auf zwei Sonderfälle einzugehen, nämlich auf die Bedeutung der teilweisen Nichtigkeit und auf die Konversion.

Ebenso wie die Nichtigkeit in **persönlicher** Beziehung absolut wirkt, ergreift sie in **sachlicher** Hinsicht alle Bestandteile des Rechtsgeschäfts. Von dieser in § 139 aufgestellten Regel wird aus praktischen Gründen, um formal-juristische Härten zu vermeiden, nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil

vorgenommen sein würde. Für diese Ausnahme ist also erforderlich, dass die Nichtigkeit sich auf einen selbständigen Bestandteil des Geschäfts bezieht, dessen Fehlen die Parteien vom Geschäftsabschlusse nicht abgehalten hätte. Es liegt in solchem Falle nach der Ansicht des Gesetzgebers, soweit in dem nichtigen Teil des Rechtsgeschäfts ein selbständiges Rechtsgeschäft enthalten ist, ein vollgültiges Rechtsgeschäft vor.

Unter Konversion versteht man die unter Umständen kraft Gesetzes eintretende Umdeutung eines nichtigen[1]) Rechtsgeschäftes in ein vollgültiges anderes. Voraussetzung für sie ist, dass das nichtige Rechtsgeschäft a den Erfordernissen des Rechtsgeschäfts b entspricht und dass die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit dessen Geltung gewollt hätten.

Der Fall liegt dem der Geltung des durch Scheingeschäft verdeckten Geschäftes nahe, nur dass bei letzterem der Parteiwille schon auf den Erfolg des verdeckten Geschäfts gerichtet war, während hier die Möglichkeit der Substitution eines anderen Parteiwillens von Fall zu Fall[2]) zu prüfen ist.

Die Ausnahmebestimmung in § 139 (zweiter Halbsatz) hat daher sowohl eine rechtliche (Selbständigkeit des nichtigen Teiles) wie eine rein praktische (Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens) Erwägung zur Grundlage.

1) Auch darin liegt ein praktischer Unterschied zwischen nichtigen und unwirksamen Rechtsgeschäften, dass Konversion nur bei ersteren eintritt; vgl. auch Rutenbeck S. 30.

2) Hier kann weder von einer Fiktion, wie Rutenbeck S. 31 annimmt, noch von einer Präsumption bezüglich des Parteiwillens gesprochen werden.

Von den Ausnahmefällen abgesehen, können wir unsere Erörterungen über die Nichtigkeit in folgendem Schlussergebnis zusammenfassen:

Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes bedeutet seine rechtliche Nichtexistenz, begründet durch den Mangel jener absolut erforderlichen „Voraussetzungen" mit der Wirkung der „Nichteintretbarkeit" des angestrebten Erfolges.

Die Nichtigkeit ist eine absolute, jedermann kann sich auf sie berufen; sie ist unheilbar und kann nicht durch Verzicht beseitigt werden.

b) Unwirksamkeit.

§ 4.

1. Bedeutung und Eintritt der Unwirksamkeit im allgemeinen.

Wir haben gesehen, dass bei Fehlen der unbedingt erforderlichen „Voraussetzung" Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes eintritt, dass das Rechtsgeschäft rechtlich überhaupt keine Gültigkeit erlangt. In scharfem Gegensatze[1]) dazu finden wir im Falle der Unwirksamkeit, dass das unwirksame Rechtsgeschäft an sich gül-

---

1) Unter denen, die die Nichtigkeit scharf unterscheiden wollen von der Unwirksamkeit, sind besonders hervorzuheben Kohler und Bernhöft, cf. § 2.

Kohler S. 554 führt jedoch die Unterscheidung im einzelnen nicht klar durch.

Bernhöft S. 395 hebt nur eine Eigenschaft der Unwirksamkeit hervor, ohne auf den eigentlichen Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit einzugehen, wenn er sagt: „.... die Unwirksamkeit unterscheidet sich entschieden dadurch von der Nichtigkeit, dass die betreffenden Rechtsgeschäfte gültig werden können . . ." (s. darüber oben).

tig ist[1][2]) d. h. dass in ihm die allgemeinen und ev. erforderlichen besonderen „Voraussetzungen“ erfüllt sind, um rechtlich existent zu sein, dass ihm aber noch **„weitere Erfordernisse** fehlen, die ihm zur **Wirksamkeit** verhelfen“.

Denn mit der einfachen rechtlichen Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ist noch lange nicht gegeben, dass nun auch das Rechtsgeschäft in jedem Falle wirksam werden muss. Vielmehr kann trotz Gültigkeit des Rechtsgeschäfts seine Wirksamkeit in einem Falle **ausgeschlossen,** im andern nur **gehemmt** sein.

Ein begrifflicher Unterschied zwischen den für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte notwendigen „Errichtungserfordernissen“ und den zur Wirksamkeit nötigen „weiteren Erfordernissen“, die man auch als „Wirksamkeitserfordernisse“ bezeichnen kann, ist im Folgenden zu erblicken: fehlt es an einem **„Errichtungserforder-**

---

1) Abgesehen von den wenigen Fällen, wo die Unwirksamkeit vom Gesetz deshalb statuiert wird, weil das Rechtsgeschäft rechtlich überhaupt unmöglich ist. Cf. unten § 4 Seite 31 Anm. 2.

Ferner gehören zu den Ausnahmen: § 1950 Abs. 2. Die Universalsuccession macht es rechtlich zur Unmöglichkeit, in einen Teil der Erbschaft zu succedieren; § 1253 Abs. 1. Es ist rechtlich unmöglich, sich das Pfandrecht nach Zurückgabe der Pfandsache vorzubehalten, da nun einmal das Pfandrecht an den Besitz der Pfandsache geknüpft ist.

Mit dieser rechtlichen Unmöglichkeit ist natürlich nicht die physische Unmöglichkeit zu verwechseln, wie diese z. B. im Falle des § 306 vorliegt.

2) Hölder S. 240: unwirksam im Sinne des B.G.B. ist eine Willenserklärung ohne rechtliche Geltung, sollte sie auch eine andere rechtliche Bedeutung haben. Widerlegt von Leonhard S. 439 Anm. 2.

nis“, so ist ein **Rechts**geschäft überhaupt **nicht** gegeben (s. oben S. 8 ff.); treffen jedoch sämtliche „Errichtungserfordernisse“ zu, so kann der Gesetzgeber trotzdem ausnahmsweise davon absehen, die in der Regel mit dem Geschäft verbundenen **Wirkungen** eintreten zu lassen und zwar aus rechtspolitischen Gründen.

Diese rechtspolitischen Erwägungen sind aber, wie sich weiter unten ergeben wird, mannigfacher Art; vor allem müssen schon hier die beiden Gruppen der **ursprünglichen** und der **nachträglichen** Unwirksamkeit getrennt behandelt werden:

In der ersten Gruppe handelt es sich um Schutzbestimmungen, die den Eintritt der aus dem an sich **gültigen** Geschäft hervorgehenden **Rechtsfolgen** zum Schutze bestimmter Personen vereiteln sollen. Die geschützten Personen können hierbei entweder der Handelnde selbst [1]) oder bestimmte dritte an dem Geschäft interessierte Personen sein [2]). Im ersteren Fall muss

---

1) So wenn der Minderjährige ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters Rechtsgeschäfte abschliesst; denn die beschränkte Geschäftsfähigkeit nimmt nicht die Fähigkeit, einen für ein gültiges Rechtsgeschäft erforderlichen vernünftigen Willen zum Ausdruck zu bringen, sie stellt sich vielmehr als ein Wirksamkeitshemmnis für Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte des Minderjährigen, zu dessen Schutze dar. Es liegt also in diesen Fällen ein gültiges, unwirksames, ev. konvalibles Verfügungs- bezw. Verpflichtungsgeschäft vor. Es ist daher der Ausdruck „beschränkte Geschäftsfähigkeit“ überhaupt schief, und sollte vielmehr, wie Dernburg vorgeschlagen hat, durch „Dispositionsunfähigkeit“ ersetzt werden!

2) So bei der relativen Unwirksamkeit, z. B. Schutz der Ehefrau bei Verfügungen des Mannes, Schutz des dinglich Vorkaufsberechtigten.

zwecks Erreichung des Schutzes die Unwirksamkeit jedem gegenüber bestehen (absolute Unwirksamkeit), im letzteren Falle dagegen genügt es, wenn das Rechtsgeschäft nur den betreffenden Personen gegenüber unwirksam ist (relative Unwirksamkeit).

In der zweiten Gruppe, wo das Geschäft **nachträglich** unwirksam wird, war es von vornherein als **gültiges** und **wirksames** gegeben. Wenn nun die für die rechtliche Existenz erforderlichen Voraussetzungen bestehen, und nicht später entfallen, so kann der Gesetzgeber ohne Zuhülfenahme einer übrigens vollständig überflüssigen Fiktion das Geschäft nicht als **nichtig** betrachten, wohl aber kann er aus **rechtspolitischen** Erwägungen [1]) bei Eintritt bezw. Nichteintritt bestimmter von ihm vorgezeichneter zukünftiger ungewisser Umstände (conditiones juris) die **Wirksamkeit** nachträglich entfallen lassen.

Hiernach kann man zusammenfassend sagen: Als „Errichtungserfordernisse" für ein gültiges Rechtsgeschäft verlangt der Gesetzgeber bestimmte Eigenschaften der Personen und der Erklärung; welche Eigenschaften hiehin zu rechnen sind, lässt sich **nicht allgemein,** sondern nur nach dem konkreten Recht bestimmen. Dieses

---

1) So zum Zwecke der einfacheren Abwickelung von Rechtsverhältnissen, um formal-juristische Härten zu vermeiden (§§ 357, 359), ferner zum Zwecke der indirekten Erzwingung der Einhaltung gewisser Fristen für eine Handlung (§ 354), ferner wenn der Gesetzgeber einer rechtlich bedeutsamen Handlung deswegen die Wirksamkeit nimmt, weil eine damit nach seiner Ansicht unverträgliche Tatsache später eintritt (§§ 1396, 2000 § 108) schliesslich, wenn der Gesetzgeber aus naheliegenden rechtspolitischen Gründen die an sich gegebene Wirksamkeit des gültigen Geschäftes zeitlich begrenzt (§§ 2044, 2162).

disponiert über die Welt des Rechts in seinem Anwendungsgebiet und so wie es z. B. die Voraussetzungen für die Rechtsfähigkeit festsetzt, so hat es auch über die Bedingungen der **rechtlichen** Existenz einer Willenserklärung zu bestimmen.

Sind die vom konkreten Recht verlangten „Errichtungserfordernisse" gegeben, so existiert das Geschäft in der Welt des Rechts; da jedoch eine Reihe **rechtspolitischer** Erwägungen unter Umständen für den Nichteintritt **der Wirkungen** sprechen, versagt der Gesetzgeber in diesen Fällen die Wirksamkeit.

Unwirksamkeit liegt also dann vor, wenn bei vorhandener **Gültigkeit** ein vom Gesetzgeber aus **rechtspolitischen** Gründen der Wirksamkeit entgegengestelltes **Hemmnis** dauernder oder vorübergehender Art in Betracht kommt.

Unwirksamkeit möchten wir somit im Sinne des B.G.B. als Rechtsgültigkeit mit aus rechtspolitischen Gründen dauernd oder vorübergehend gehemmter Wirksamkeit definieren [1] [2]. In einem Falle wollen wir von

---

1) Im § 2270 ist der Unterschied zwischen der Nichtigkeit und Unwirksamkeit recht deutlich im Gesetz zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich dort um die sog. korrespektiven Verfügungen d. h. um Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente, die zu einander in gegenseitigem Abhängigkeitsverhältnisse stehen. Ist eine korrespektive Verfügung aus irgend einem Grunde nichtig, so kann dies nicht die Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung, die an sich gültig ist, zur Folge haben. Sie macht sie nur unwirksam. Als „weiteres Erfordernis" zur Wirksamkeit dieser Verfügung ist hier eben die Gültigkeit jener Verfügung vorausgesetzt!

2) Der Gesetzgeber braucht allerdings für unseren Begriff nicht immer dasselbe Wort „unwirksam", sondern auch andere Ausdrücke, die aber interpretativ dasselbe bedeuten. So

kommt in der Hauptsache der Ausdruck „kann nicht“ im Sinne von „unwirksam“ vor. Dies ergibt sich z. B. deutlich aus § 2211: „über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand kann der Erbe nicht verfügen“. Seine Verfügung ist unwirksam und zwar konvalibel unwirksam auf Grund der aus folgenden Erwägungen hier gerechtfertigten Anwendung des § 185: die Bestimmung des § 2211 will den Zweck der Verwaltung von Nachlassgegenständen durch einen Testamentsvollstrecker vor einer Vereitelung oder Beeinträchtigung durch Verfügungen des Erben hintanhalten. Hierdurch sind diejenigen Personen geschützt, in deren Interesse die Verwaltung des Testamentsvollstreckers liegt; es können daher nur diese und der an sich verfügungsberechtigte Testamentsvollstrecker die Unwirksamkeit geltend machen; vgl. auch Fischer-Henle Anm. 2 zu § 2211.

Ferner ergibt es sich aus der Gegenüberstellung der §§ 388, 925, 2180, 2202, mit den §§ 1317, 1598, 1724, 1742, 1768, 1947. Alle diese Geschäfte tragen zu sehr den gleichen Stempel; unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung können sie nicht abgeschlossen werden, resp. sie sind „unwirksam“, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgeschlossen werden. Es handelt sich hier nicht etwa um einen Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot, dann wären sie nach § 134 nichtig. Ein Verbot wird das Gesetz nur dann erlassen, wenn es rechtlich möglich ist, diese Geschäfte abzuschliessen. Die Eigenart dieser Geschäfte macht es aber geradezu zu einer rechtlichen Unmöglichkeit, sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung einzugehen; z. B. die Ehe, die Annahme an Kindesstatt etc. Vgl. ferner Engelmann S. 117.

Eingehend hat darüber in erster Linie Leonhard S. 440 geschrieben. Bildlich drückt er sich dahin aus: das Geschäft, das vom Gesetz verboten ist, sei zum Tode verurteilt, das Geschäft, das rechtlich unmöglich ist, versetze sich selbst den Todesstoss.

Andererseits kommt auch nur vereinzelt der Ausdruck „unwirksam“ vor, wo er nicht in seiner technischen Bedeutung allein zu verstehen ist, so z. B. im § 344: die Konventionalstrafe bei Nichterfüllung eines Versprechens ist unwirksam, wenn

inkonvalibler, im anderen von **konvalibler** Unwirksamkeit reden[1]) [2]).

2. Die einzelnen Fälle der Unwirksamkeit.

a) Inkonvalible Unwirksamkeit.

Im Falle der Inkonvaleszenz der Unwirksamkeit ist also trotz bestehender Gültigkeit die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ausgeschlossen. Insofern stimmen diese inkonvaliblen Rechtsgeschäfte mit den nichtigen überein, d. h. sowohl die nichtigen als auch die inkonvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäfte entbehren endgültig des angestrebten rechtlichen Erfolges.

Aber wenn Enneccerus[3]) sagt: „Es ist zu bedauern, dass die von vornherein entschiedene Unwirksamkeit nicht mit Nichtigkeit im B.G.B. benannt ist", so teilen wir diese Ansicht nicht. Denn diese Unwirksamkeit unterscheidet sich doch von der Nichtigkeit, wenn sie mit ihr auch die Eigenschaft der Unheilbarkeit gemein hat und praktisch in ihren Wirkungen mit ihr auf dasselbe hinausläuft.

---

das Versprechen selber sich als unwirksam herausstellt. Hier hätte es besser geheissen: sich als nichtig oder unwirksam herausstellt.

1) Die Motive Seite 217 sprechen bei den Erläuterungen der Unwirksamkeit nur von der konvaliblen: das Rechtsgeschäft, dem es an einem nachholbaren Erfordernis gebricht, wird nicht als nichtig, sondern als unwirksam bezeichnet.

2) Die Ausdrücke „inkonvalibel" und „konvalibel" sind in der Literatur wenig gebräuchlich (Hummel), jedoch den unschöneren „inkonvaleszierbar" und „konvaleszierbar", und den weniger prägnanten „unheilbar" und „heilbar" entschieden vorzuziehen!

3) Cf. Enneccerus S. 341.

Der Streit über das Vorhandensein eines Unterschiedes zwischen Nichtigkeit und inkonvalibler Unwirksamkeit wird hauptsächlich bei der Auslegung des § 111 geführt. Enneccerus spricht hier zu der Fassung der Bestimmung sein Bedauern aus. Endemann[1]) bemerkt zu § 111: „Es ist kein anderer Sinn zu verstehen als nichtig." Ähnlich äussern sich Gareis[2]), Staudinger[3]) u. a. m.

§ 111 Satz 1 lautet: „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam."

Machen wir daran einmal die Probe auf unsere Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit!

Es fragt sich: ist das einseitige Geschäft, dass ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abschliesst, nichtig oder unwirksam; mit anderen Worten: fehlt es einem solchen Geschäft an den unbedingt erforderlichen allgemeinen oder besonderen „Voraussetzungen", nur um gültig zu werden, oder ist ein solches Rechtsgeschäft an sich gültig, mangels eines „weiteren Erfordernisses", aber nicht wirksam?

Die allgemeinen und ev. erforderlichen besonderen „Voraussetzungen" sind hier erfüllt: von Nichtigkeit könnte nur die Rede sein, wenn die beschränkte Geschäftsfähigkeit sich als Mangel einer Voraussetzung für die rechtliche Existenz des Geschäftes klar stellen würde. Dies trifft aber, wie sich schon oben ergab, nicht zu; denn der Minderjährige ist zwar nach § 106 in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, er bedarf zu

1) Cf. Endemann S. 135 Anm. 34.
2) Cf. Gareis zu § 111.
3) Cf. Staudinger zu § 111.

seiner Willenserklärung, die ihm nicht lediglich einen Vorteil bringt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107). Nicht aber ist bei ihm wie beim Geschäftsunfähigen (§ 105) die Nichtigkeit des von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfts statuiert, sondern es heisst einfach, dass er nach Massgabe der §§ 107—113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Folgen seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit ergeben sich also aus diesen einzelnen Bestimmungen und da heisst es in § 111 in offenbar gewolltem Gegensatze zu § 105, dass einseitige Rechtsgeschäfte Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters **unwirksam**, nicht aber nichtig sind.

Es ist also das einseitige Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abschliesst, und das an sich zwar gültig ist, dem es aber an einem „weiteren Erfordernis", nämlich dieser in § 107 geforderten Einwilligung gebricht, **unwirksam** [1]).

Somit ist das Gesetz u. E. nicht von der Terminologie abgewichen, vielmehr scheint es uns begründet, weshalb hier unwirksam und nicht nichtig gesetzt worden ist. Würde das Gesetz die Rechtsgeschäfte der

---

1) Eine gleiche Probe lässt sich analog zu §§ 1398 und 1831 Satz 1 machen.

Ebenso ist der in § 779 für „unwirksam" erklärte Vergleich mit Recht dazu erklärt, und hätte nicht, wie viele meinen, ebensogut für nichtig erklärt werden können. Die allgemeinen und besonderen „Voraussetzungen" sind beim Vergleich erfüllt. Darum ist er nicht nichtig. Ihm gebricht es aber an seiner Wirksamkeit. weil im Vergleich das Motiv vom Gesetz berücksichtigt wird. Als „weiteres Erfordernis" wird die Übereinstimmung zwischen dem als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt und der Wirklichkeit betrachtet.

Beschränktgeschäftsfähigen für nichtig erklären, so könnte es zwar von vornherein eine Ausnahme machen für die rein lukrativen Geschäfte des Minderjährigen, aber es wäre ihm die Möglichkeit abgeschnitten, Verträge Minderjähriger nachträglich konvaleszieren zu lassen, da es eine Konvaleszenz nichtiger Geschäfte nicht gibt [1]).

Ein praktischer Unterschied zwischen den Fällen der Nichtigkeit und der Unwirksamkeit [2]) scheint uns in Folgendem zu liegen.

---

1) Siehe darüber unten.

2) Nicht hierher gehörig, weil es sich nicht um die Unwirksamkeit in dem oben aufgestellten Sinne, sondern um die in Anm. 2 auf S. 31, 32 berührte Nebenart der Unwirksamkeit (nämlich wegen rechtlicher Unmöglichkeit) handelt, ist die Frage nach dem praktischen Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit im Eherechte. Da eine Verwechselung mit dem echten Fall der Unwirksamkeit hier jedoch nahe liegt, soll kurz der in Frage stehende Fall des § 1317 Abs. 2 berührt werden: Auf Grund des § 1317 ist eine Ehe, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgeschlossen wird, unwirksam, nicht etwa nichtig wegen Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot; denn es ist rechtlich unmöglich, eine bedingte oder befristete Ehe einzugehen, daher kann es auch nicht vom Gesetz verboten sein, eine solche Ehe abzuschliessen. Cf. Anm. 5 zu § 4. Wird eine Ehe trotzdem bedingt oder befristet abgeschlossen — „bei einem Versehen des Standesbeamten ist es nicht geradezu undenkbar“ (Leonhard S. 435) — so ist sie nicht dadurch nichtig. Sie bedarf also nicht der für die nichtigen Ehen §§ 1325—1328 vorgeschriebenen besonderen Auflösung (§ 1329). U. E. würde also z. B. dadurch, dass neben einer solchen „unwirksamen Ehe“ eine zweite Ehe eingegangen wird, der Tatbestand des § 170 Str.G.B. nicht erfüllt sein; denn es handelt sich weder um eine gültige, noch um eine nichtige oder anfechtbare Ehe (wobei die Nichtigkeits- bezw. Anfechtungsklage nicht durchgeführt sein darf). Ausserhalb der 3 Fälle liegt nach

An sich kann der Grundsatz aufgestellt werden, dass bei Nichtigkeit von Rechtsgeschäften Rechtsfolgen überhaupt nicht in Frage kommen, wenigstens nicht insoweit, als sie auf das rechtlich nicht existierende Geschäft zurückgeführt werden könnten; hiervon bestehen jedoch nach zwei Richtungen Ausnahmen:

Einmal kann es unter Umständen aus einem nichtigen Geschäft zu einer **deliktischen** Schadensersatzpflicht einer Partei gegenüber der anderen kommen, wenn nämlich jene in schuldhafter (vorsätzlich oder fahrlässig) und rechtswidriger Weise eines der in § 823 bezeichneten Rechtsgüter [1]) dieser **verletzt** [2]). Ohne positive Rechtsgüterverletzung tritt jedoch eine deliktische Schadensersatzpflicht nur ein, wenn der Schade in vorsätzlicher und in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise herbeigeführt wurde (§ 826) [3]).

Ferner entsteht in einzelnen Fällen (§§ 122, 307, 309) — ein Prinzip stellt der Gesetzgeber in dieser Beziehung nicht auf — aus dem nichtigen Rechtsgeschäft

---

B.G.B. überhaupt keine Ehe vor; es kommt also hier eine Nicht-Ehe in Frage, auf welche §§ 1329, 1330, 1341 keine Anwendung finden.

1) Hierhin gehören nach der herrschenden Ansicht alle vom positiven Recht geschützten rechtlichen Interessen, also auch das Vermögen.

2) A. hat z. B. mit B. kontrahiert, obwohl er hätte wissen sollen, dass das Geschäft aus irgend einem Grunde nichtig ist, und dem B. wegen des nichtigen Geschäfts eine positive Beschädigung seines Vermögens erwächst.

3) Schade ohne Rechtsgüterverletzung liegt z. B. vor, wenn infolge des nichtigen Rechtsgeschäfts ein Gewinn entgangen ist, der hätte gemacht werden können, wenn der Geschädigte anderweit kontrahiert hätte; denn ein in Aussicht stehender Gewinn gehört noch nicht zum Vermögen (vgl. z. B. §§ 516, 157 B.G.B.).

für den Erklärenden die Verpflichtung zur Leistung des sog. „negativen Interesses“ (oder Ersatz des Vertrauensschadens) [1]), d. h. zum Ersatz desjenigen Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut; der andere Teil muss

---

1) Bei dem Ersatz auf das sog. „negative“ Interesse liegt nicht etwa ein deliktischer Schadensersatz vor (§ 122, 179 Abs. 2): Planck sagt S. 280: „Die in § 122 bestimmte Verpflichtung zum Schadensersatz ist unabhängig davon, ob dem Erklärenden ein Verschulden zur Last fällt oder nicht“. Crome S. 413: „Selbst wenn beide Teile sich nichts vorzuwerfen haben, muss der Schade von einem der Beteiligten getragen werden, und die Gerechtigkeit verlangt ihn vorzugsweise auf den zurückfallen zu lassen, der durch sein Verhalten Veranlassung dazu gegeben hat.“ Im Falle der §§ 307, 309 wird allerdings Schuldhaftigkeit auf einer Seite vorausgesetzt. Aber auch in diesem Falle liegt ein quasi-kontraktlicher, nicht aber deliktischer Schadensanspruch vor. Denn der Anspruch besteht auf Grund der Bestimmung, die das negative Interesse vorsieht, ohne dass das Vorhandensein der Voraussetzungen des ev. daneben wahlweise bestehenden Deliktsanspruchs nachgeprüft zu werden brauchte.

Ein quasi-kontraktlicher Anspruch aber ist der auf das „negative Interesse“ gerichtete Anspruch zu nennen, da in dem Vertrage auf eine „unmögliche Leistung“ wie in den anderen Fällen, wo das „negative Interesse“ platzgreift, von einem Kontrakt-Verhältnis infolge der Nichtigkeit keine Rede sein kann.

Aber auch der somit als quasikontraktlich festgestellte Anspruch (d. h. ein obwohl nicht auf Rechtsgeschäft beruhender, so doch mit den Wirkungen eines solchen ausgestatteter) lässt sich — und auch aus diesem Grunde muss die Aufstellung eines allgemeinen Prinzips über die Verpflichtung zur Leistung des „negativen Interesses“ abgelehnt werden — auf keine einheitliche Grundlage basieren: bald spielt hierbei das Veranlassungsprinzip eine Rolle (§ 122), bald eine kontraktsähnliche Schuldhaftigkeit (culpa in contrahendo; so § 307, 309).

dabei in bona fide sein, er darf den Grund der Nichtigkeit weder kennen noch infolge von Fahrlässigkeit nicht kennen (§§ 122 Abs. 2 und 307 Abs. 1 Satz 2), dass der Erklärende sich bezüglich der Nichtigkeit in mala fide befinden muss, verlangt nur §§ 307 Abs. 1 Satz 1 und 309.

Immer handelt es sich dabei um **Nichtigkeit** des Geschäftes (bezw. Anfechtbarkeit cf. § 122), während von Unwirksamkeit nirgends die Rede ist. Es geht auch, wie bereits angedeutet, nicht an, den Fällen des negativen Interesses ein Prinzip unterschieben zu wollen (z. B. culpa in contrahendo als Grund der Verpflichtung). Denn der Gesetzgeber hat in dieser Beziehung nur einzelne durchaus nicht gleich gelagerte Fälle ausdrücklich aufgeführt, so dass eine Analogie auf ähnliche Fälle ausgeschlossen ist. Das muss insbesondere für die unwirksamen Geschäft gelten, bei denen also höchstens von einer deliktischen Ersatzpflicht die Rede sein kann [1]).

Ein Beispiel möge den hier hervorgehobenen praktischen Unterschied zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit erläutern.

---

1) Auch ein innerer Grund spricht für die Ansicht der Versagung der schärferen Haftung auf das „negative Interesse“ aus unwirksamen Rechtsgeschäften, da der Mangel eines „weiteren Erfordernisses“ meist weniger leicht erkennbar ist als einer der allgemeinen oder der besonderen „Voraussetzungen“ der Gültigkeit.

Schliesslich aber würde eine analoge Ausdehnung der mehrfach genannten Normen auf die unwirksamen Rechtsgeschäfte dem Begriffe des „negativen Interesses“ direkt zuwiderlaufen, da dieses nur bei Vertrauen auf die Gültigkeit eines ungültigen Rechtsgeschäftes platzgreift, während das unwirksame Rechtsgeschäft (vgl. die obigen Ausführungen) tatsächlich gültig ist.

Ein 20-Jähriger hat bereits eine Reihe von Käufen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossen, bisher aber stets nachträglich dessen Genehmigung dazu erhalten (§ 108 Abs. 1), so dass, da seine Minderjährigkeit verkannt wurde, die Unwirksamkeit seiner Kaufverträge in der Tat nicht zutage trat. Er schliesst jetzt wiederum einen Kauf mit dem B. ab, in der von ihm mit Recht für begründet gehaltenen Voraussicht, die Genehmigung dazu zu erhalten. Die Genehmigung wird jedoch ausnahmsweise verweigert und die Unwirksamkeit des Kaufvertrages des Minderjährigen mit dem B. stellt sich heraus.

Der B. hat nun gegen den Minderjährigen für den Schaden, den er dadurch erleidet, dass das Geschäft nicht zustande kommt, schon deshalb keinen deliktischen Ersatzanspruch, da dieser weder vorsätzlich noch fahrlässig (§ 823) [1]), also auch nicht in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich gehandelt hat (§ 826).

Ein Anspruch aber auf Ersatz des Schadens, den der B. im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Geschäftes erlitten hat, ist weder im Gesetz begründet noch im Wege der Analogie konstruierbar; es entfällt also hier jeder Schadensersatzanspruch des B.

Anders liegt der Fall, wenn ein Geschäftsfähiger [2])

1) Ferner ist der Anspruch aus § 823 auch deshalb ausgeschlossen, da keine positive Vermögensbeschädigung vorliegt (cf. oben Anm. 15).

2) Würde der rechtliche Mangel des § 118 oder 306 bei einem nach § 108 unwirksamen Vertrage eines Geschäftsbeschränkten unterlaufen, so wäre das Geschäft schon wegen der mangelnden Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unwirksam, wenn es nicht schon infolge des die Nichtigkeit begründenden

mit jemand ein Geschäft eingeht, ohne es ernstlich zu wollen, in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118) oder mit jemand einen Vertrag abschliesst, von dem er weiss oder wissen musste, dass er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist (§ 306). Das Gesetz gibt hier dem Gegner, der den Grund der Nichtigkeit weder kannte noch kennen musste (§ 122 resp. § 307) einen Ersatzanspruch auf das „negative Interesse“ [1]).

Dass zwischen Nichtigkeit und inkonvalibler Unwirksamkeit auch ein prozessrechtlicher Unterschied besteht [2]), kann nicht mit einem allgemein gültigen Satze behauptet werden, dahin gehend, dass bei Einwendung der Nichtigkeit der Klagegrund geleugnet werde und die Beweislast daher den Kläger treffe, während bei Vorschützen der Unwirksamkeit der Klagegrund unangefochten gelassen und nur ein dem Beklagten günstiges

---

Mangels überhaupt nicht existieren würde. Neben der Nichtigkeit kann die Unwirksamkeit nicht mehr in Frage kommen. An sich würde daher der beschränkt Geschäftsfähige nach § 108, der auf die Haftung für das „negative Interesse“ keinen Bezug nimmt, auch hierfür einzustehen haben; allein die Haftung beruht auf einem quasikontraktlichen Tatbestande oder mit anderen Worten auf einer der Gruppe der „Rechtshandlungen“ im technischen Sinne angehörenden Handlung, auf welche nach der fast unbestrittenen herrschenden Ansicht die Normen über die Geschäftsfähigkeit entsprechende Anwendung zu finden haben. Da sich hiernach ein beschränkt Geschäftsfähiger auch durch eine Rechtshandlung (hier Quasikontrakt) nicht selbständig verpflichten kann, so entfällt für ihn die Pflicht zur Leistung des „negativen Interesses“.

1) Daneben kann dann noch ein deliktischer Schadensersatzanspruch kommen auf Grund der §§ 823, 826.

2) Vgl. Oettinger S. 16.

Wirksamkeitshindernis vorgebracht werde, für das der letztere beweispflichtig sei:

Denn einmal gehören nicht sämtliche vom Gesetzgeber aufgestellten allgemeinen und besonderen Voraussetzungen für die rechtliche Gültigkeit des Geschäftes zum Klagegrund, für den der Kläger nach Massgabe der Substantiierungstheorie beweispflichtig ist, sondern es genügt, wenn der Kläger die normalerweise den Anspruch rechtfertigenden Tatsachen nachweist; beweist also der Kläger die Hingabe von 1000 zum Zwecke des Darlehens, so ist damit normalerweise die Entstehung des Anspruchs auf Rückzahlung des Darlehens nachgewiesen, und die Erklärung des Beklagten, ein Darlehensvertrag sei nicht zustande gekommen, weil er sich bei Vertragsabschluss in einem der in § 105 Abs. 2 bezeichneten Zustände befunden habe, stellt sich als die Behauptung einer Anomalie dar, wofür er beweispflichtig ist: er bringt eine Einrede des nichtentstandenen Rechts vor.

Anderseits widerspricht sich Oettinger selbst, indem er den nicht so anomalen Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit, der zudem auf leicht nachweisbaren Umständen (§ 106, 114) beruht, von dem Beklagten, weil das Geschäft unwirksam ist (§ 108), nachgewiesen haben will.

Die inkonvalible Unwirksamkeit lässt sich einteilen in eine ursprüngliche und eine nachträgliche[1]).

α) Ursprüngliche inkonvalible Unwirksamkeit.

Bei der ursprünglichen inkonvaliblen Unwirk-

1) Cf. Staudinger S. 332.

samkeit, die sich als ein Anwendungsfall der ursprünglichen Unwirksamkeit darstellt neben der ursprünglichen **konvaliblen** Unwirksamkeit, ist die Unwirksamkeit von vornherein definitiv entschieden: sie liegt z. B. vor in den Fällen der §§ 111, 174, 319 Abs. 2, 388, 410, 779, 925, 1160, 1253, 1398, 1950, 2077, 2101, 2160, 2171, 2180, 2195, 2201, 2202, 2268, 2336, 2338, Art. 22.

β) Nachträgliche inkonvalible Unwirksamkeit.

Die nachträgliche inkonvalible Unwirksamkeit, die ihrer Natur nach das Gegenstück einer nachträglichen konvaliblen Unwirksamkeit ausschliesst, ergibt sich aus der Fassung „wird unwirksam“ [1]). Würde auch die nachträgliche Unwirksamkeit konvaleszieren, so wäre die Erreichung des mit ihr verbundenen Zwecks, dass nämlich der zu beseitigende rechtliche Mangel bis zu einem gewissen Zeitpunkt auch tatsächlich beseitigt wird, illusorisch, wenn das nach Ablauf der Frist einmal unwirksam gewordene Rechtsgeschäft trotz Ablauf der Frist nochmals wirksam werden könnte.

Die nachträglich inkonvalible Unwirksamkeit liegt z. B. vor in den Fällen der §§ 108 Abs. 2 177,

---

1) In § 357 ist ungenau statt: „wird unwirksam“ „ist unwirksam“ gesetzt.

Aus dem Schlussatze des § 357 „wenn der andere Teil unvorzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt“, ergibt sich, dass die Unwirksamkeit von einem von dem Eintritt des Rücktritts aus zukünftigen Ereignisses, nämlich der Erklärung aufrechnen zu wollen, abhängt, und somit wird der Rücktritt erst unwirksam, wenn die Aufrechnung erklärt ist. Die Ungenauigkeit ergibt sich nach analoger Beweisführusg in § 554 Abs. 2.

Abs. 2, 354, 1396, 1448, 2000, 2044, 2109, 2162, 2210, 2337 [1][2]).

b) Die konvalible Unwirksamkeit.

Die konvalible Unwirksamkeit definierten wir als nur gehemmte Wirksamkeit, insofern gehemmt, als wenigstens die Möglichkeit vorhanden ist, durch Beseitigung des Hemmnisses die ungehemmte Wirkung herbeizuführen.

Die Hemmungsgründe nun eines konvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäftes, die also ohne das Rechtsgeschäft selbst zu berühren, die Entstehung oder Geltendmachung des Anspruchs aus dem Rechtsgeschäft wenigstens von vornherein hemmen, können verschiedenster Art sein. In der Schwebezeit ist es ungewiss, ob das Rechtsgeschäft unwirksam bleibt oder wirksam wird.

Man kann die konvalible Unwirksamkeit in zwei Gruppen einteilen.

α) Relative Unwirksamkeit.

Zu der einen Gruppe gehört die sog. „relative Un-

1) In einem Falle allerdings kann bei nachträglicher Unwirksamkeit von dem Zweck der Behebung eines rechtlichen Mangels keine Rede sein; nämlich, wenn bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts der Verpflichtete in der Schwebezeit über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts anderweitig verfügt: hier „ist“ im Falle des Eintritts der Bedingung die letzte Verfügung unwirksam, besser: sie wird unwirksam, da sie bis dahin wirksam war; die nunmehrige Unwirksamkeit ist jedoch relativ und deshalb konvalibel. Dass sie eine nachträgliche ist, liegt nur an der Bedingtheit des ersten Rechtsgeschäfts, der Zweck der Behebung eines rechtlichen Mangels ist nicht ersichtlich.

2) Ferner sind die „angefochtenen“ Rechtsgeschäfte in ihrer besonderen Art nachträglich inkonvalibel unwirksam. Vgl. darüber § 6.

wirksamkeit“ [1]), relativ insoferne, als der Hemmungsgrund einem schon zur Zeit des Geschäftsschlusses genau abgegrenzten Kreis von Personen gegenüber vorhanden ist, andern gegenüber nicht.

Hier kann durch passives Verhalten oder durch **Verzicht** auf die Geltendmachung des Rechtes, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen, die „Wirksamkeit“ des Rechtsgeschäftes herbeigeführt werden.

Ob die Wirksamkeit eintritt oder nicht, ist in der Regel in der Schwebe, ausnahmsweise jedoch nicht, wenn die Zustimmung des sonst durch die Statuierung der Unwirksamkeit Geschützten vorher eingeholt worden ist [2]).

Innerhalb der relativen Unwirksamkeit lässt sich wiederum eine Scheidung in eine totale und eine partielle relative Unwirksamkeit vornehmen:

αα) Totale relative Unwirksamkeit.

Total ist die relative Unwirksamkeit dann, wenn das Rechtsgeschäft seinem ganzen Inhalt nach dem Betreffenden gegenüber unwirksam ist. Diese Unwirksamkeit liegt z. B. vor in den §§ 135, 506, 567 [3]), 574 Satz 2, 1126, 2291.

---

1) Cf. Crome S. 350. Staudinger S. 332. Planck S. 183 Motive Bd. I S. 212. „Die einfachste und zugleich zweckmässigste Gestaltung ist sichtbar diejenige der relativen Unwirksamkeit.

2) Es handelt sich hier nicht etwa um soziale Schutzbestimmungen — denn in diesem Falle wäre ein Verzicht nicht möglich —, bei denen meist bestimmte Personenklassen ins Auge gefasst sind; in den Fällen der relativen Unwirksamkeit trifft dies nicht zu.

3) „Unzulässig“ = unwirksam, da die „Kündigung“ des Satzes 2 weder nichtig (weil ohne weiteres der Voraussetzung für die rechtliche Existenz nicht entbehrend) noch anfechtbar ist; aber

ββ) Partielle relative Unwirksamkeit.

Ist das Rechtsgeschäft dagegen nur zu einem gewissen Teil dem Berechtigten gegenüber unwirksam, so liegt die partielle relative Unwirksamkeit vor, wie z. B. in den §§ 161, 574, Satz 1, 883, 1124, 1400, 2113, 2115. Hier reicht die Unwirksamkeit so weit, als das Recht der geschützten Person durch dies unwirksame Rechtsgeschäft vereitelt oder beeinträchtigt würde.

β) Absolute konvalible Unwirksamkeit.

In der zweiten Gruppe von Fällen der konvaliblen Unwirksamkeit äussert der Schwebezustand, ob das Rechtsgeschäft wirksam wird oder nicht, seine Wirkung nicht einem von vornherein bestimmten Personenkreis gegenüber, sondern absolut; d. h. jedermann **kann** [1]) sich, solange der Schwebezustand nicht beseitigt wird, auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen.

Diese zweite Gruppe der konvaliblen Unwirksam-

---

auch positiv lässt sich die Unwirksamkeit begründen: es handelt sich um einen Schutz des Mieters und Vermieters gegen willkürliche Kündigung unter bestimmten Voraussetzungen; die Geschützten brauchen sich des Schutzes natürlich nicht zu bedienen, es liegt konvalible, relative, totale Unwirksamkeit vor.

1) Es besteht die Möglichkeit, dass jeder, der einmal ein Interesse an der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Geschäftes hat oder haben wird, die Unwirksamkeit geltend machen kann. Schliesst z. B. ein Minderjähriger einen Vertrag, ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, so kann innerhalb der zweiwöchentlichen Frist ein beliebiger Dritter als Interessent die Unwirksamkeit des Vertrages geltend machen; bis zum Ablauf der zweiwöchentlichen Frist aber kann durch Genehmigung diese Unwirksamkeit behoben und die Wirksamkeit des Vertrages herbeigeführt werden. Unterbleibt die Genehmigung innerhalb der 2 Wochen, so wird dadurch der Vertrag inkonvalibel unwirksam.

keit wird vielfach[1]) unter dem Namen „schwebende Unwirksamkeit“ zusammengefasst und der relativen Unwirksamkeit gegenübergestellt. Sie liegt z. B. vor in den §§ 108, 185, 177, 415, 1396, 1516, 2116, 2289[2]).

Im Vorstehenden glauben wir, dem Begriff „Unwirksamkeit“ genügend Beachtung geschenkt zu haben. Es schien uns den Schwerpunkt unserer Arbeit zu bedeuten, diesen Begriff „einem“, um mit Leonhard[3]) zu reden, „der dunkelsten Punkte in der Terminologie des B.G.B.“ zu beleuchten, ihn scharf herauszuheben und ihn abzugrenzen gegen den Begriff „Nichtigkeit“, über deren beiden Unterscheidung die Wissenschaft noch heute nicht im klaren ist, was aus der Identifizierung beider, ihrer Überordnung des einen über den anderen hervorgehen mag.

Um den Unterschied der Nichtigkeit und Unwirksamkeit uns noch einmal deutlich vor Augen zu führen, seien die beiden Begriffe hier kurz einander gegenübergestellt:

1) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts.

a) Sie bedeutet seine rechtliche Nichtexistenz.

b) Sie hat die Wirkung des Nichteintrittes des angestrebten rechtlichen Erfolges.

2) Die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts.

a) Sie bedeutet **noch** die rechtliche Anerkennung seiner Existenz.

b) Sie hat zur Folge den Nichteintritt seiner Wirksamkeit.

---

1) Crome S. 351. Staudinger S. 332. Planck S. 183; diese Ausdrucksweise ist jedoch irreführend, da der Schwebezustand auch bei der relativen Unwirksamkeit besteht.

2) Über die Konvaleszenz dieser absoluten als auch der relativen Unwirksamkeit vergl. unten Bd. II.

3) Leonhard S. 430.

c) Sie ist eine absolute d. h. jedermann kann sich auf sie berufen.	c) Sie kann absolut, aber auch nur gewissen Personen gegenüber bestehen, anderen nicht.
d) Sie ist unheilbar und kann daher auch nicht durch Verzicht beseitigt werden.	d) Sie **kann** heilbar sein und ev. dann durch Verzicht beseitigt werden.

Es erübrigt sich nun noch die unwirksamen Rechtsgeschäfte von den **bedingten** und den anfechtbaren Rechtsgeschäften zu sondern.

III. Die unwirksamen Rechtsgeschäfte in ihrer Abgrenzung gegen die bedingten Rechtsgeschäfte.

§ 5.

Die bedingten Rechtsgeschäfte teilen sich ein in die suspensive und in die resolutiv bedingten Rechtsgeschäfte [1]). In beiden Fällen wird ein Schwebezustand geschaffen darüber, ob die von den Parteien vereinbarte Rechtsfolge eintritt oder nicht. Diese Rechtsfolge besteht bei den suspensiv bedingten Rechtsgeschäften in dem Eintritt einer Rechtswirkung, bei den resolutiv bedingten Rechtsgeschäften in dem Aufhören einer bisherigen Rechtswirkung.

Wenn die zukünftige ungewisse Tatsache eintritt, so wird infolge des Eintritts der daran geknüpften Wirkung das Geschäft zu einem unbedingten.

Falls aber mangels Eintritts der vereinbarten Tatsache für die suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte die

1) Unter Bedingung versteht man eine zukünftige ungewisse Tatsache, von deren Eintritt die Parteien den Beginn oder das Ende einer Rechtswirkung abhängig machen.

daran geknüpfte Rechtswirkung nicht eintritt, oder für die resolutiv bedingten Rechtsgeschäfte die bisherige Rechtswirkung nicht aufhört, so wird dadurch selbstverständlich weder an der Rechtsgültigkeit des Geschäftes als solchem etwas geändert, d. h. das bedingt abgeschlossene Rechtsgeschäft wird dadurch nicht etwa nichtig, noch wird trotz bestehender Rechtsgültigkeit des Rechtsgeschäftes seine Unwirksamkeit in unserem technischen Sinne herbeigeführt. Vielmehr äussert das bedingte Rechtsgeschäft durch Nichteintritt der Rechtswirkung bei den suspensiv bedingten Rechtsgeschäften resp. durch Nichtaufhören der bisherigen Rechtswirkung bei den resolutiv bedingten Rechtsgeschäften gerade seine **spezifische** Wirkung: nämlich die Wirkung, die für diesen Fall der Nichterfüllung der Bedingung von den Parteien gewollt war [1]).

Im Inhalte des Rechtsgeschäftes liegt nämlich der Schwebezustand darüber, ob der vereinbarte Rechtserfolg eintreten wird oder nicht, begründet. Die Parteien haben sich den Schwebezustand selbst geschaffen.

Das bedingte Rechtsgeschäft ist gültig und wirksam, aber nur **so** wirksam, wie es wirksam werden sollte. Man kann geradezu sagen, der angestrebte Erfolg des bedingten Rechtsgeschäftes tritt in jedem Falle ein, einerlei, ob die Bedingung sich erfüllt oder sich nicht erfüllt [2]).

Einige Beispiele mögen diese Ausführungen erläutern:

Wenn A beim Lohnkutscher B für den nächsten Morgen einen Wagen bestellt, für den Fall, dass schönes

1) Oertmann S. 299: „Das Rechtsgeschäft erzeugt eben alle Wirkung, die es erzeugen will."

2) Übereinstimmend „Siber", namentlich S. 139.

Wetter ist, so ist doch der von beiden gewollte Erfolg[1]): B soll mit dem Wagen kommen, wenn schönes Wetter ist, er soll nicht kommen, wenn kein schönes Wetter ist. Mag die Rechtswirkung des Geschäftes dadurch, dass die Bedingung sich nicht erfüllt, nicht eintreten, das Rechtsgeschäft zwischen A und B wird dadurch nicht berührt, es ist und bleibt gültig und äussert in jedem Falle seine **gewollten** Wirkungen.

Ferner, wenn A dem B 1000 gibt mit der Verpflichtung zur Rückgabe, wenn B die C heiratet, dann ist auch hier evident der angestrebte Erfolg für beide, dass B die 1000 behalten kann, wenn er die C nicht heiratet, sie aber zurückgibt, wenn er sie heiratet. Was nun auch eintreten mag, in jedem Falle hat das Geschäft die ihm **eigene** Wirksamkeit.

Die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes bedeutet, das sei noch einmal im Gegensatz zu den bedingten Geschäften wiederholt: die trotz Rechtsgültigkeit des Rechtsgeschäftes entweder ausgeschlossene oder nur gehemmte Wirksamkeit desselben, je nachdem sich die Unwirksamkeit als inkonvalible oder konvalible herausstellt.

Ob die eine oder andere Wirkung eines Rechtsgeschäftes, für deren Eintritt sich die Parteien schon bei seinem Abschluss eine Einschränkung auferlegt haben, nämlich in der Form der Bedingung, der einen oder anderen Partei entsprechen mag oder nicht[2]), tut der

1) Für sich mag ja der B. auf den Gewinn rechnen, den er erzielt, wenn die Bedingung sich erfüllt, während umgekehrt der A. aus den vesrchiedensten Gründen ev. froh sein mag, wenn die Bedingung sich nicht erfüllt und er die Ausfahrt nicht zu zahlen braucht. Das kann aber für unsere Betrachtung einerlei sein!

2) Siehe vorige Anmerkung.

rechtlichen Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäftes keinen Abbruch, geschweige denn seiner rechtlichen Existenz.

Die bedingten Rechtsgeschäfte sind rechtlich anerkannt, darum nicht nichtig; sie sind in ihrer Art wirksam, darum nicht unwirksam [1]).

Somit scheint uns hinreichend begründet zu sein, dass die bedingten Rechtsgeschäfte in keinem Falle zu den unwirksamen Rechtsgeschäften zu rechnen sind.

IV. Die unwirksamen Rechtsgeschäfte in ihrer Abgrenzung gegen die anfechtbaren Rechtsgeschäfte.

§ 6.

Zu den bisher erörterten beiden Begriffen „Unwirksamkeit“ und „Nichtigkeit“ gesellt sich noch ein dritter Begriff, der nicht übersehen werden darf: die Anfechtbarkeit. Über diesen Begriff selbst gehen zwar die Meinungen vielfach auseinander [2]); über dessen Abgrenzung aber gegen die Begriffe „Nichtigkeit“ und „Unwirksamkeit“ ist ein Streit kaum mehr vorhanden.

Wie für die Begriffe „nichtig“ und „unwirksam“ gibt das Gesetz auch für den Begriff „anfechtbar“ keine Definition. Der Wissenschaft bleibt es überlassen, sich diesen Begriff auszulegen.

Zur Zeit des gemeinen Rechts wurde der Streit [3]) über diesen Begriff am lebhaftesten geführt, namentlich

1) Ebenso sind natürlich die befristeten Rechtsgeschäfte (§ 163) sowohl rechtlich anerkannt, als auch wiederum in ihrer Art wirksam. Eines Beweises bedarf es da u. E. nicht, er wäre ganz analog dem für die bedingten Rechtsgeschäfte zu führen.

2) Siehe Gradenwitz S. 310.

3) Auf diesen Streit soll hier nicht näher eingegangen werden; siehe hierüber Steger S. 1—15.

bezüglich seiner Abgrenzung nach der Seite der Nichtigkeit hin. Dieser Streit ist auch auf die Auslegung des B.G.B. übertragen worden, das weiterhin wie von nichtigen, so auch von anfechtbaren Rechtsgeschäften spricht und ihnen die unwirksamen Rechtsgeschäfte zufügt.

Wir möchten dartun, dass die anfechtbaren Rechtsgeschäfte einerseits nicht mit den nichtigen, oder mit den unwirksamen Rechtsgeschäften zu identifizieren, andererseits keiner von beiden Gruppen unterzuordnen sind; sondern dass sie sich vielmehr wie die nichtigen von den unwirksamen Rechtsgeschäften von diesen beiden scharf unterscheiden.

„**Anfechtbarkeit**“ bedeutet die Möglichkeit — das ergibt sich aus dem Suffix „bar“ — anzufechten. „Anfechten“ dagegen will sagen „einen Angriff richten gegen etwas“ [1]).

„Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes“ bedeutet somit die in der rechtlichen Eigenart (Mangelhaftigkeit) des Rechtsgeschäfts begründete Möglichkeit gegen ein Rechtsgeschäft einen Angriff zu richten.

Diese Möglichkeit ist gegeben, wenn auf Grund der §§ 119, 123 die Erklärung unabsichtlich [2]) mit dem wahren Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt.

Die Frage, ob die Anfechtbarkeit, wie die Unwirksamkeit eine Eigenschaft des anfechtbaren Rechtsgeschäftes selbst ist, möchten wir bejahen [3]). Denn, wenn auch der Angriff auf das Rechtsgeschäft von

1) Siehe Hellmann S. 114.
2) Siehe darüber oben § 2.
3) Anderer Meinung: Steger S. 32.

aussen her erfolgt, hat doch die Möglichkeit hierzu in dem anfechtbaren Rechtsgeschäft selbst ihre Wurzel.

Sie ist dem Rechtsgeschäft ob seines Mangels (§§ 119, 123) immanent. Insoferne geben wir Planck[1]) recht, wenn er sagt, „das anfechtbare Rechtsgeschäft ist mit einem Mangel von Anfang an behaftet.

Es ist wohl kaum in der Literatur bestritten, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft zunächst gültig[2]) und wirksam[3]) ist. Denn die blosse Möglichkeit, das Rechtsgeschäft anzufechten, hat weder auf seine rechtliche Existenz noch auf seine Wirksamkeit irgendwelchen Einfluss. Erst wenn aus der Möglichkeit anzufechten die Tatsache der Anfechtung geworden ist, stellen sich die Folgen des dem anfechtbaren Rechtsgeschäfte innewohnenden Mangels ein.

Diese Folgen sind im § 142 B.G.B. ausgesprochen: „Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen." Durch die Anfechtung wird also dies vorher gültige und wirksame Rechtsgeschäft derartig umgestossen, dass es in seinen **Wirkungen**[4]) einem nichtigen Geschäfte gleich-

---

1) Planck S. 182.

2) Motive Bd. I, S. 219. Anfechtbarkeit: „Ungültigkeit, kraft deren einem Rechtsgeschäft die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann, dann aber auch rückwärts entzogen wird, wenn eine darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird." U. E. etwas unklar ausgedrückt; die Motive scheinen gleichsam wie von einer bedingten Ungültigkeit zu sprechen.

A. M. Rehbein S. 198: Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist von vornherein nichtig.

3) Hölder, „Willenserklärung" S. 488 erklärt die anfechtbaren Rechtsgeschäfte für rechtswirksam.

4) Denn auch das nichtige Rechtsgeschäft äussert Wir-

kommt. Es wird durch die Anfechtung nicht etwa nichtig, sondern nur so angesehen wie nichtig. Es handelt sich hier um eine fingierte Nichtigkeit [1]). Denn würde das Rechtsgeschäft durch die Anfechtung tatsächlich nichtig, dann könnte diese Nichtigkeit niemals auf den Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäftes zurückgezogen werden. Was einmal rechtlich existiert hat, kann doch nicht zu etwas niemals existent Gewesenen gemacht werden; dagegen wohl als etwas niemals existent Gewesenes kraft Fiktion betrachtet werden!

Praktisch unterscheidet sich diese fingierte Nichtigkeit natürlich durchaus nicht von der tatsächlichen. Es treten die nämlichen Folgen ein, die §§ 139—141 finden auf die angefochtenen Rechtsgeschäfte gleichfalls Anwendung. Ferner: „Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen“ (§ 142 Abs. 2).

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist also gültig und wirksam, und bleibt es auch fernerhin, wenn die Anfechtung nicht erfolgt, sei es, dass auf sie verzichtet wird, sei es, dass sie ausgeschlossen ist, weil bestimmte

---

kungen, z. B. kann es zum Schadensersatz verpflichten (s. oben). Ferner kann der sog. unechte „Anerkenntnisvertrag“ d. h. der Anerkenntnisvertrag, welcher wegen mangels der Schriftlichkeit nichtig ist (§§ 778 und 125), die Wirkung haben, die Verjährung der Schuld zu unterbrechen auf Grund des § 208. Siehe Fischer-Henle Anm. 3 zu § 208.

1) Vgl. Bernhöft bei Bekker S. 275.

Fristen [1]) innerhalb derer sie nur geltend gemacht werden konnte, abgelaufen sind, oder schliesslich weil das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird (§ 141 B.G.B.).

Das anfechtbare Rechtsgeschäft bleibt aber auch nach erfolgter Anfechtung an sich gültig. Die Nichtigkeit des anfechtbaren Rechtsgeschäftes nach erfolgter Anfechtung wird nur fingiert: d. h. es treten nur sämtliche Wirkungen der Nichtigkeit ein.

Wenn wir dagegen das anfechtbare Rechtsgeschäft nach erfolgter Anfechtung auf seine Wirksamkeit hin prüfen, ergibt sich, dass das sog. „angefochtene Rechtsgeschäft" **„unwirksam"** ist. Es ist, wie wir gesehen haben, gültig, entbehrt aber der Wirksamkeit.

Diese „Unwirksamkeit" des angefochtenen Rechtsgeschäftes ist aber insofern eine eigenartige, als sie die **Eigenschaften** der Nichtigkeit hat.

Streng terminologisch müssen wir jedoch das angefochtene Rechtsgeschäft zu den inkonvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäften rechnen, und zwar zu jenen unter ihnen, die nachträglich unwirksam geworden sind.

Das hindert uns jedoch nicht, die anfechtbaren Rechtsgeschäfte zu den wirksamen zu zählen. In ihnen ist nur die Möglichkeit gegeben, sie anzufechten. Wenn diese Möglichkeit einmal zur Tatsache geworden ist, dann werden diese ursprünglich wirksamen Rechtsgeschäfte in ihrer besonderen Art unwirksam.

---

1) §§ 124, 318, 1339, 2082.

In § 121 wird ausnahmsweise ohne Fristgewährung unvorzügliche Anfechtung nach Kenntnis des Irrtums verlangt.

§ 2083 bildet aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme.

Wenn auch das angefochtene Rechtsgeschäft lediglich die Folge des anfechtbaren Rechtsgeschäftes ist, insofern nämlich das angefochtene Rechtsgeschäft stets einmal anfechtbar gewesen sein muss, so sind die Rechtsgeschäfte als solche streng von einander zu scheiden [1]). Das eine ist wirksam, das andere in seiner besonderen Art unwirksam.

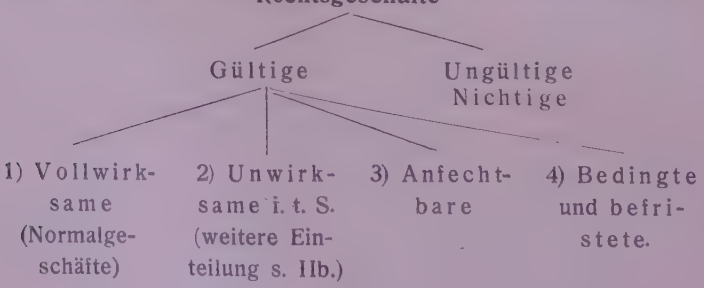
Damit mag auch der Gegenüberstellung der Unwirksamkeit und der Anfechtbarkeit Genüge geschehen sein.

Unter den unwirksamen Rechtsgeschäften scheiden für die Erläuterung unseres Themas im **Ganzen genommen** die inkonvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäfte aus. Für unsere fernere Betrachtung haben die unwirksamen Rechtsgeschäfte nur insoweit Bedeutung, als sie konvaleszieren können. Dieses führt uns noch zu einer kurzen Erklärung des Begriffes „Konvaleszenz“ [2]).

---

1) Vgl. z. B. auch Oertmann S. 377: Erst wenn das Rechtsgeschäft angefochten ist, tritt die Schadensersatzpflicht ein; die Anfechtbarkeit genügt nicht.

2) Der Übersichtlichkeit halber seien hier noch einmal die Arten der Rechtsgeschäfte in einer Figur gegenübergestellt:



B. Der Begriff Konvaleszenz.

I. Bedeutung der Konvaleszenz.

§ 7.

Man mag dies Wort, dem das Lateinische „convalescere“ zugrunde liegt, übersetzen mit „Genesung“, „Heilung“, „Kräftigung“ oder in ähnlicher Weise; die dem Deutsch am besten entsprechende Übersetzung zu finden, ist Sache der Philologie. In der Jurisprudenz ist Konvaleszenz, wie schon zu Zeiten des gemeinen Rechts, so auch heute noch als **terminus technicus** gebräuchlich und zwar nur in Verbindung mit dem Begriff Rechtsgeschäft.

Natürlich liegt auch in dem juristisch-technischen Ausdruck: „Konvaleszenz“ eine Heilung, und zwar eine **rechtliche** Heilung ausgesprochen; insofern nämlich nur ein Rechtsgeschäft mit heilbaren Mängeln konvaleszieren kann.

So kann von einer Konvaleszenz nichtiger Rechtsgeschäfte begrifflich keine Rede sein[1]). Ein Rechtsgeschäft, das konvaleszieren soll, muss wenigstens rechtlich vorhanden sein.

Aber es muss ferner, um einen indifferenten[2]) Ausdruck zu gebrauchen, rechtlich „krank“ sein! denn ebensowenig wie man von Konvaleszenz jener Rechtsgeschäfte reden kann, die rechtlich gar nicht existieren,

1) s. oben § 3.

2) „Indifferent“ insofern, als Ausdrücke wie „mangelhaft“, „fehlerhaft“ schon vielfach wie feststehende Begriffe gebraucht werden, worunter dann allerdings in verschiedenster Anordnungsweise: nichtige, unwirksame, anfechtbare, bedingte und befristete Rechtsgeschäfte verstanden werden.

ebenso unangebracht ist der Ansdruck Konvaleszenz für jene Rechtsgeschäfte, die einer Konvaleszenz nicht bedürfen, da sie sozusagen rechtlich „gesund“ sind.

Rechtlich krank sind aber im Gegensatz zu den nichtigen und den wirksamen [1]) Rechtsgeschäften nur die **unwirksamen** Rechtsgeschäfte.

Es ist daher der Ausdruck: Konvaleszenz nur anwendbar in Bezug auf die unwirksamen Rechtsgeschäfte und somit bedeutet Konvaleszenz: **„wirksamwerden unwirksamer Rechtsgeschäfte.“**

Dass unwirksame Rechtsgeschäfte wirksam werden können, haben wir hinlänglich nachgewiesen, wir fassten sie unter den konvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäften zusammen.

Es fragt sich nunmehr wie diese konvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäfte im einzelnen konvaleszieren können.

II. Fälle der Konvaleszenz.

§ 8.

a) Konvaleszenz der relativ unwirksamen Rechtsgeschäfte.

In der einen Gruppe der konvaliblen unwirksamen Rechtsgeschäfte, nämlich bei den relativ unwirksamen Rechtsgeschäften [2]) sind die Hemmungsgründe der Wirksamkeit einem schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses genau abgegrenzten Kreis von Personen gegenüber vorhanden, anderen gegenüber nicht.

1) Hierunter fallen natürlich auch die bedingten und befristeten und die anfechtbaren Rechtsgeschäfte, die alle zu den wirksamen zu rechnen sind. (s. oben § 5 § 6.)

2) s. oben § 4, 2bα).

Um die Wirksamkeit dieser Geschäfte herbeizuführen, bedarf es von Seiten der durch die Statuierung der Unwirksamkeit in ihren rechtlichen Interessen Geschützten, welche berechtigt sind, die Unwirksamkeit des Geschäftes geltend zu machen, keines positiven Aktes:

Wer glaubt des Schutzes, den ihm die Rechtsordnung zubilligt, in concreto nicht bedürftig zu sein, braucht sich auch nicht darauf zu berufen (iure suo uti nemo cogitur). Rein passives Verhalten kann bereits die Kundgabe enthalten, auf sein Recht, die Unwirksamkeit geltend zu machen, zu verzichten resp. das Geschäft indirekt zu genehmigen.

Natürlich kann der Betreffende auch ausdrücklich verzichten resp. ausdrücklich seine Genehmigung erteilen [1]). Ja es kann seine Zustimmung auch vor Abschluss des Geschäftes eingeholt werden.

Das B.G.B. enthält über die relativ unwirksamen Rechtsgeschäfte, und damit indirekt über die Konvaleszenz dieser Geschäfte (s. vorige Seite) teils allgemein gültige auf Rechtsgeschäfte aller Art anwendbare, teils besondere nur für bestimmte Rechtsgeschäfte gültige Bestimmungen.

Allgemein gültige Bestimmungen: in Betracht kommen hier die §§ 135, 136 einerseits, § 161 andererseits.

In den §§ 135, 136 ist die relative Unwirksamkeit auf den Verstoss gegen ein Veräusserungsverbot zurückzuführen.

---

1) Motive Bd. I, S. 212: Die Unwirksamkeit fällt dabei selbstverständlich fort, wenn der Geschützte in das Rechtsgeschäft einwilligt oder dasselbe nachträglich genehmigt.

Aber nur wo das Gesetz (§ 135) oder eine ihm gleich gestellte Anordnung eines Gerichtes oder einer Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit (§ 136) das Veräusserungsverbot zum Schutze bestimmter Personen erlässt, ist eine Verfügung über diesen Gegenstand unwirksam. Das Gesetz, das Gericht, oder eine Behörde kann gewisse Personen in dieser Weise schützen, wobei es diesen allerdings überlassen bleibt, sich auf ihren Schutz zu berufen oder nicht.

Die Privatpersonen können dagegen durch Rechtsgeschäft einen solchen Schutz nicht herbeiführen; § 137 Satz 1 bestimmt nämlich: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Privatpersonen können also die nach dem positiven Recht bestehende Befugnis zur Veräusserung von Rechten weder ausschliessen noch beschränken mit der Wirkung, dass dritte am Rechtsgeschäft nicht beteiligte Personen davon betroffen würden; hierfür fehlt es nämlich dem Privatakt im Gegensatz zur gesetzlichen oder behördlichen Anordnung zunächst an der nötigen Publizität, weshalb bei Wirksamkeit **rechtsgeschäftlicher** Verfügungsbeschränkungen der Dritte in der Regel gutgläubig wäre, was zur Folge hätte, dass er durch eine dem § 135 Abs. 2 analoge Vorschrift geschützt werden müsste; schon hierdurch würde der Wert einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung in den meisten Fällen illusorisch gemacht.

Ausschlaggebend aber ist, dass Parteidispositionen im Gegensatz zu gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Anordnungen nur Recht unter den Parteien [1])

1) Ausnahmen nur bei Verträgen zu Gunsten Dritter (§§ 324 ff.)

schaffen [1]), was wiederum auf den Mangel der Publizität und der Autorität Dritten gegenüber zurückzuführen ist.

Wir gelangen also im Falle der §§ 135, 136 zu dem Ergebnis: die hiergegen verstossende Verfügung ist relativ unwirksam und kann daher konvaleszieren, wenn die geschützten Personen den Schutz nicht in Anspruch nehmen. Dagegen kommt eine Vereinbarung des § 137 als Verfügungsbeschränkung überhaupt nicht in Frage, sondern begründet nur eine obligatorische Pflicht nicht zu verfügen [2]).

Die Bestimmung des § 161, die bei allen bedingten Rechtsgeschäften platzgreifen kann, und daher auch zu den allgemein gültigen zu rechnen ist, kann an dieser Stelle nur insoferne in Betracht kommen, als durch Eintritt der Bedingung eine während der Schwebezeit vorgenommene Verfügung unwirksam geworden ist. Diese Unwirksamkeit kann eine teilweise sein, jedenfalls ist sie relativ und kann daher infolge Verhaltens des bedingt Berechtigten konvaleszieren.

2. Besondere Bestimmungen.

Besondere Fälle der relativen Unwirksamkeit finden sich in allen Büchern des B.G.B. zerstreut vor; eine Aufzählung der einzelnen Fälle findet sich in § 4, 2bα). Ihre Konvaleszenz ergibt sich aus dem oben erörterten Prinzip der Konvaleszenz relativ unwirksamer Rechts-

---

1) „Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt“ (§ 137 Satz 2).

2) Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich nur in den §§ 399, 413.

geschäfte. Eine Wiederholung in jedem einzelnen Falle ist daher überflüssig.

Da die Konvaleszenz sowohl bei relativ-total wie bei relativ-partiell unwiriksamen Rechtsgeschäften vorkommt, möge für jede dieser Gruppen ein Beispiel folgen.

Ein Beispiel relativ-totaler Unwirksamkeit, indem insbesondere die Konvaleszenz vom Gesetz ausdrücklich zugelassen wird, ist folgendes: Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung dürfen die mit der Vornahme und der Leitung des Verkaufs Beauftragten, und die von ihm zugezogenen Gehülfen mit Einschluss des Protokollführers den zum Verkauf gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vetreter eines anderen kaufen (§ 456). Dasselbe gilt auch für einen bei einem Verkauf ausserhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist (§ 457).

Der gleichwohl geschehene Kauf ist aber nicht etwa nichtig, sondern nur relativ unwirksam und zwar den Personen gegenüber unwirksam, die als Gläubiger die Zwangsversteigerung betreiben lassen oder als Schuldner bzw. Eigentümer [1]) sie über sich ergehen lassen müssen.

Der Leiter des Verkaufs etc. sollen ganz objektiv die Versteigerung vornehmen, wenn diese Personen sich dagegen an der Versteigerung selbst als Käufer beteiligen, liegt es natürlich wegen ihrer Tätigkeit sehr nahe, dass sie durch irgendwelche Manipulationen für

1) Wenn Jemand z. B. für die Schuld eines Dritten ein Pfand gestellt hat.

billiges Geld sich den Gegenstand in die Hände spielen. Ihre Interessen, und die doch in erster Linie zu berücksichtigenden Interessen des Gläubigers und Schuldners bzw. Eigentümers würden dadurch kollidieren.

Es ist daher rechtspolitisch wohl begründet, es diesen letzteren in die Hand zu geben, die Unwirksamkeit eines solchen Kaufs geltend zu machen.

§ 458 bestimmt, dass die Wirksamkeit sowohl des relativ unwirksamen Kaufs wie der relativ unwirksamen Übertragung von der Zustimmung derer zu dem Kauf und der Übertragung abhängt, denen gegenüber diese Akte unwirksam sind.

Als ein Beispiel für die Konvaleszenz der relativ-partiell unwirksamen Rechtsgeschäfte soll ausgeführt werden § 883.

Wer sich einen Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück im vornhinein sichern will, kann dies durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch erreichen auf Grund des § 833 Abs. 1 Satz 1. Eine Glaubhaftmachung einer Gefährdung des zu sichernden Anspruchs ist nicht erforderlich (§ 885 Abs. 1 Satz 2).

Nach Eintrag der Vormerkung ist nun eine Verfügung über das Grundstück oder über ein Recht an diesem Grundstück dem gegenüber, der die Vormerkung für sich hat eintragen lassen (Relativität der Unwirksamkeit) nur insoweit (Partialität der Unwirksamkeit) unwirksam, als sein Anspruch dadurch vereitelt oder beeinträchtigt wird (§ 883 Abs. 2 Satz 1).

Will der so durch das Gesetz Geschützte nun seinen Anspruch durchsetzen, so gibt ihm das Gesetz die Möglichkeit, von dem Erwerber des Grundstückes oder

des Rechtes an dem Grundstücke die Zustimmung zu derjenigen Eintragung bzw. Löschung im Grundbuche, die zur Verwirklichung seines durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist, zu verlangen. Er kann dies verlangen, gezwungen, sein Recht geltend zu machen, wird er **nicht.**

Eine Konvaleszenz dieser relativ-partiellen Unwirksamkeit kann also in folgender Weise eintreten: einmal indem der Berechtigte ausdrücklich darauf verzichtet, sein Recht geltend zu machen und dann dem Erwerber gleichzeitig die Zustimmung erteilt, die Vormerkung im Grundbuch löschen zu lassen; dann aber auch indem er stillschweigend darauf verzichtet, dadurch, dass er sein berechtigtes Verlangen nicht an den Erwerber stellt. Dieser wird dann seinerseits selbstverständlich, um den lästigen Schwebezustand über die Unwirksamkeit zu klären, von dem durch die Vormerkung Geschützten die Zustimmung zur Löschung verlangen.

b) Konvaleszenz der absoluten unwirksamen Rechtsgeschäfte.

Die zweite Gruppe der konvaliblen Unwirksamkeit, die vielfach unter dem Namen „schwebende Unwirksamkeit" zusammengefasst und der relativen gegenübergestellt wird, ist die absolute Unwirksamkeit; absolut insofern, als ihr Schwebezustand darüber, ob das Rechtsgeschäft wirksam wird oder nicht, jedermann gegenüber bestehen kann, jedenfalls aber keinem von vornherein bestimmten Personenkreis gegenüber mit Ausschluss anderer besteht.

1. Im allgemeinen.

Die absolut unwirksamen Rechtsgeschäfte sind nun **im allgemeinen** solche, in denen es dem Geschäftsabschliessenden oder bei Verträgen wenigstens der einen Partei an der notwendigen Ermächtigung von Seiten Dritter fehlt: z. B. dem Minderjährigen fehlt die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters; der Vertreter handelt ohne Vertretungsmacht; ein Nichtberechtigter verfügt über einen Gegenstand ohne die Einwilligung des Berechtigten.

a) § 185 B.G.B.

Die Behandlung der **Konvaleszenz** solcher absoluten unwirksamen Rechtsgeschäfte knüpft sich fast durchweg in der Literatur an die Besprechung des § 185 B.G.B. an.

Allgemein behandelt § 185 Abs. 1 den Fall, dass ein Nichtberechtigter ohne die Einwilligung des Berechtigten über einen Gegenstand verfügt:

Einmal bedarf es, um die Konvaleszenz dieser unwirksamen Rechtsgeschäfte herbeizuführen, eines positiven Aktes von Seiten des Berechtigten, dessen nachträgliche Zustimmung die früher mangelnde Einwilligung ersetzt. Genehmigt der Berechtigte die Verfügung, so wird sie wirksam (§ 185 Abs. 2).

Ferner tritt die Konvaleszenz ein kraft Rechtsnachfolge des Nichtberechtigten in dem Gegenstand, über den er verfügte, sei es dass er durch Rechtsgeschäft: Kauf, Tausch oder Schenkung den Gegenstand erwirbt, oder dadurch, dass er den Gegenstand vom Berechtigten erbt (§ 185 Abs. 2 Satz 1). Dadurch rückt er in die Lage des Berechtigten ein. Wie er jetzt

nach freiem Belieben wirksam über den Gegenstand verfügen könnte, so wird auch seine früher unwirksame Verfügung wirksam.

Endlich konvaleszieren diese absoluten unwirksamen Rechtsgeschäfte dadurch, dass der Berechtigte unbeschränkt haftender Erbe des Verfügenden wird. Durch die unbeschränkte Haftung tritt er auch für solche Verfügungen des Erblassers ein, die zu ihrer Wirksamkeit bei Lebzeiten des Erblassers der Genehmigung des Erben bedurft hätten [1]).

Auch an **anderer Stelle** hat das B.G.B. **im allgemeinen** die Konvaleszenz absolut unwirksamer Rechtsgeschäfte ausgesprochen.

b) § 180 Satz 2.

Während es unter den **einseitigen** Rechtsgeschäften den **nicht** empfangsbedürftigen, absolut-unwirksamen Rechtsgeschäften die Konvaleszenz stets versagt, spricht es dieselbe **grundsätzlich** auch den **empfangsbedürftigen** Rechtsgeschäften ab. Eine Ausnahme lässt es jedoch in § 180 Satz 2 zu, falls nämlich ein Vertreter ohne Vertretungsmacht ein solches Rechtsgeschäft abschliesst, und der, demgegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes nicht beanstandete oder damit einverstanden war, dass

4) § 185 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, dass im Falle der Konvaleszenz kraft Rechtsnachfolge des Verfügenden in die Rechte des Berechtigten bezüglich des Gegenstandes, über den er verfügte oder kraft Rechtsnachfolge des Berechtigten in alle Rechte des Verfügenden mit unbeschränkter Haftung für dessen Verbindlichkeiten, nur die frühere Verfügung wirksam wird, falls nämlich der Nichtberechtigte mehrfach in unverträglicher Weise über den Gegenstand verfügt hat.

der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte. Alsdann treffen auf diese einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte die Vorschriften über die Konvaleszenz absolut unwirksamer Verträge zu (§ 180 Satz 2).

c) §§ 108 und 177.

Während § 185 **allgemein** und ohne zwischen einseitigen Rechtsgeschäften und Verträgen zu unterscheiden, die Konvaleszenz absoluter unwirksamer Rechtsgeschäfte behandelt, kennt das B.G.B. daneben, abgesehen von dem Falle des § 180 Abs. 1 nur noch **allgemeine** Bestimmungen über Konvaleszenz hezüglich absolut unwirksamer **Verträge.** Es sind dies die §§ 108, 177.

Im § 108 handelt es sich um die unwirksamen Verträge Minderjähriger [1]), im § 177 um die unwirksamen Verträge von Vertretern ohne Vertretungsmacht [2]).

Die Wirksamkeit dieser unwirksamen Verträge hängt entweder (§ 108 Abs. 1) von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters resp. (§ 108 Abs. 3) des Minderjährigen selbst, wenn er inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, oder (§ 177 Abs. 2) des Vertretenen ab [3]).

Dem für die andere Partei lästigen Schwebezustand über die Wirksamkeit resp. Unwirksamkeit des Vertrages

---

1) Auch die Verträge Minderjähriger, die sie mit dazu überlassenen Mitteln erfüllen können, sind an sich unwirksam. Ihre Wirksamkeit wird nur fingiert: § 110: Sie gelten als von Anfang an wirksam.

2) Es handelt sich hier um die unmittelbare Stellvertretung, wobei der Vertreter nicht nur für den Vertretenen, sondern auch in dessen Namen den Vertrag abschliesst.

3) Die Erklärung der Genehmigung kann auf Verlangen der anderen Partei nur ihr gegenüber erfolgen. § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2.

wird durch eine Frist von 2 Wochen, innerhalb derer nach der Aufforderung die Genehmigung nur erfolgen kann, ein Ende gemacht; wird die Genehmigung in diesem Zeitraum nicht erklärt, so gilt sie als verweigert [1]).

2. Besondere Fälle der Konvaleszenz absolut unwirksamer Rechtsgeschäfte.

Da es sich in den Fällen der Konvaleszenz absolut unwirksamer Rechtsgeschäfte meist um die die mangelnde Einwilligung, die die Unwirksamkeit herbeiführt, ersetzende Genehmigung [2]) handelt (§§ 415, 1396, 1516, 1829,

---

1) Die Haftung des Vertreters dem anderen Teil gegenüber, falls die Genehmigung verweigert wird, gestaltet sich folgendermassen:

Nach § 179 Abs. 1 ist der Vertreter, der seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann, dem anderen Teil nach dessen Wahl entweder zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet; ausnahmsweise jedoch nach § 179 Abs. 2 nur zum Ersatz des negativen Interesses, falls der Vertreter bezüglich seiner Vertretungsmacht in bona fide war. Hier trifft ihn zwar keine Schuld, wohl aber gab er die Veranlassung zum Schaden, den der andere Teil im Vertrauen auf die Vertretungsmacht erlitt.

Der Vertreter haftet überhaupt nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste. Er haftet aber auch dann nicht, wenn er in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Einwilligung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters handelte. § 179 Abs. 3 Satz 2.

2) Die „Genehmigung“ des Vormundschaftsgerichts ist nicht zu verwechseln mit der rechtsgeschäftlichen Genehmigung des B.G.B. und als nachträgliche Zustimmung aufzufassen. Die Genehmigung des V.G. ist ein terminologischer Ausdruck der freiwilligen Gerichtsharkeit und kommt der Einwilligung gleich (§ 1821).

2216) und nur ein Fall (§ 2289) besonders gelagert ist, so möge dieser und einer der ersten Gruppe angehörenden Fälle kurz ausgeführt werden.

a) § 2289.

§ 2289 trifft in Abs. 1 folgende Bestimmung: „Durch den Erbvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit durch sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigt würde. Im gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todeswegen unwirksam, unbeschadet der Vorschrift des § 2297."

Hiernach ist eine letztwillige Verfügung, die nach Abschliessung eines Erbvertrages erfolgt, insoweit unwirksam (und zwar nicht einem bestimmten abgegrenzten Personenkreise gegenüber, sondern als Verfügung), als sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigt. Wenn nun der Erblasser nach § 2297 mit § 2289 später die vertragsmässige Verfügung durch Teztament aufhebt, konvalesziert die unwirksame einseitige Verfügung.

b) § 415.

Nach § 415 bedarf die Vereinbarung der Schuldübernahme zwischen dem Schuldner und einem Dritten zur Wirksamkeit der Genehmigung des Gläubigers. Bis dahin ist die Vereinbarung unwirksam, und zwar als Schuldübernahme unwirksam, d. h. absolut; ohne **positive** Mitwirkung des Gläubigers wenigstens in der

---

So heisst es in § 1829 ausdrücklich: „Die Wirksamkeit des Vertrages hängt von der nachträglichen „Genehmigung" des V.G. ab. (Hier liegt also wieder ein Konvaleszenzfall vor.)

Form der Genehmigung äussert die Schuldübernahme keine Wirkung nach aussen hin. Es liegt also ohne Mitwirkung des Gläubigers eine absolute Unwirksamkeit der Schuldübernahme vor, nicht etwa eine relative, die schon durch **passives** Verhalten des Gläubigers wirksam werden könnte.

Schlussbetrachtung.

§ 9.

Es wurde zu zeigen versucht, dass das B.G.B. mit dem Ausdruck „**unwirksam**“ einen bestimmten rechtlichen Begriff verknüpft. Allerdings stellte sich bei der Untersuchung heraus, dass der Gesetzgeber in wenigen Fällen den Ausdruck „unwirksam“ gebrauchte, wo er im technischen Sinne nicht am Platze ist, in anderen, auch nicht zahlreichen Fällen dagegen den an sich zutreffende Ausdruck „unwirksam“ durch einen unzutreffenden ersetzte.

Dass es sich in diesen Fällen um eine unklare Vorstellung des tatsächlichen Begriffes „Unwirksamkeit“ seitens des Gesetzgebers handelte, dass also der Begriff „**unwirksam**“ für das B.G.B. nicht schlechtweg geleugnet werden kann, konnte durch Interpretation der in Betracht kommenden Bestimmungen, die alle auf eine gemeinsame Grundlage zurückführbar waren (Mangel „eines weiteren Erfordernisses“) gezeigt werden.

Da die Festlegung des Begriffes „Unwirksamkeit“ nicht nur von terminologischer, sondern auch von praktischer Bedeutung ist, so wurde er in seiner Abgrenzung gegen scheinbar ähnliche Fälle klarzustellen versucht.

Dabei konnte festgestellt werden, dass ein wichtiger Unterschied namentlich gegen die nichtigen Rechtsgeschäfte insofern besteht, als eine Konvaleszenz **unwirksamer** Rechtsgeschäfte möglich, **nichtiger** ausgeschlossen ist, da diese begrifflich **unmöglich** ist; ferner, dass die Konvaleszenz erst Form und Inhalt ge-

winnt in ihrer Beziehung auf die unwirksamen Rechtsgeschäfte.

Wenn die Frage nach dem Begriff „Unwirksamkeit“ bisher, von wenigen Bearbeitungen abgesehen, nur in nicht vollständig befriedigender Weise gelöst wurde, so liegt dies allerdings vielfach an der nicht genügenden Hervorhebung des Begriffes im Gesetzbuch. Sache der Wissenschaft ist es daher, in dieser Beziehung klärend beizutragen und soweit es erforderlich ist, entsprechende Forderungen de lege ferenda aufzustellen.